ISSN 0385-5953

# 北大法学論集

第 64 巻　　第 5 号

論　　説



判 例 研 究



2014（平成26）年

# 北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

## 名誉教授

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林竧（商法）
稗貫俊文（経済法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）

## 教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
遠藤乾（国際政治）*
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）*
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
○佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済学）
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
張千帆（憲法）
○辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
藤原正則（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）*
町村泰貴（民事訴訟法）
松久三四彦（民法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）*
山口二郎（行政学）
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田広志（知的財産法）
亘理格（行政法）

## 特任教授

薄木宏一（法実務基礎）
榎本光宏（民事実務）
大川哲也（法実務基礎）
大野雅祥（刑事実務）
木下尊氏（民事実務）
岸田洋輔（刑事実務）

## 准教授

池田悠（労働法）
郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
桑原朝子（日本法制史）
○小濱祥子（アメリカ政治史）*
蘇義淵（国際法）
田中啓之（行政法）
○得津晶（商法）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
○緑大輔（刑事訴訟法）
三宅新（商法）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）*
米田雅宏（行政法）

## 講師

高影娥（民法）
徐行（比較法）

## 助教

五十嵐元道（国際政治）
石神圭子（アメリカ政治史）
王万旭（商法）
小嶋崇弘（知的財産法）
千田航（比較政治学）
戸井健太郎（租税法）
朴鍾碩（国際政治）
李妍淑（比較法）

雑誌編集委員 ○印

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論説

# 現代東アジア問題とマックス・ヴェーバー

## ――Rentenkapitalismus と rent-seeking capitalism の連続性に即して*――

今井弘道

*本稿は、本年（二〇一三年）六月二日（日）に六通賓館会議中心（中国・杭州市）において開催された「『走向世界的中国法哲学』国際研討会」（主催：浙江大学光華法学院・浙江大学法理研究所）において発表したものである。当日は、厳しい時間の制約もあって、これをかなり縮約して報告せざるをえなかったが、これはその縮約以前のものである。尚、この研討会の主宰者であり私に報告の機会を与えて下さった陳林林浙江大学教授並びに当日の通訳をして下さった畢

瑩浙江大学准教授に対して、この場を借りてあらためて御礼を申し上げたい。また、そもそもこの報告は、二〇一三年夏学期の浙江大学光華法学院の博士課程向けの私の講義「法哲学前沿」（中国語の「前沿」とは「最前線」といった意味。因みに、この講義の通訳も畢瑩准教授が担当してくれた）の一部をこの研討会用に編集したものである。この講義は、日中間の外交関係が近年になく険悪な時期のものであった。しかし、院生や学生――単位にならないのに院生に劣らぬ熱心さで参加してくれた学生――の真剣な眼差しを見つめながらの講義と、その後の昼食を囲んでの「招待所」での日本語・中国語・英語を織り交ぜての歓談は、その険悪さが信じられないほど無条件に楽しいものであった。その中で、将来の中国のさまざまな領域でのリーダーになるであろうこれらの諸君の洗練された社交と会話のセンスに深い感銘を受けた。私は、この記録を、その院生・学生諸君との思い出と将来の諸君たちの中国とに捧げたい。

一．マックス・ヴェーバーは、ヨーロッパには「普遍史」的な意味をもつ近代文化と近代資本主義が成立したが、他面でアジアにはそれは成立しない、とした[1]。そしてアジアにおける近代資本主義不成立の根拠を示すために、『儒教と道教』や『ヒンドゥー教と仏教』などの宗教社会的研究を行った。ここに、ヴェーバーの西洋と東洋の比較社会文化研究の焦点があった。このことは広く知られている通りである。

しかし、現在、東アジアにおける資本主義の発展・市場経済の発展はめざましく、今や東アジアは、世界最大の経済地域となりつつある。このことについても、あらためて多くを言う必要のないことである。

ここから、一部の人によって、ヴェーバーのアジアにおける、とりわけ東アジアにおける資本主義の成立不可能性の議論は破綻した、少なくとも時代に追い越された、との議論が行われることになった。場合によっては、『儒教の倫理と資本主義の精神』といった問題設定が行われさえした。

しかし、この儒教資本主義論はひとまず置くとして、ヴェーバーのいわゆる「東アジアにおける資本主義の成立不可

能性論」なる議論のすべてが間違っていたとは言えない。確かに、東アジアにおける資本主義の発展は、ヴェーバーのアジアについての否定的議論を、事実をもって反証したという一面をもっている。しかし、ヴェーバーのこの議論には、依然として重要な問題が存在していて、安易な「克服」を許さないものがある。

しかも、更に立ち入って言えば、ヴェーバーの議論を「東アジアにおける（あるいは、ヨーロッパ以外の地域における、と言い換えてもよい）資本主義の成立不可能性論」というように概括するということ自体が、実は、極めて重大な問題を含んだヴェーバー理解に立脚したものでしかない。この点を正確に押さえ直すならば、ヴェーバーの議論は、現在の東アジアにおける資本主義の成立と展開、そして発展にまつわる問題性を発見していく上で、極めて重要な示唆を与えてくれるものでもある、またそこから現代資本主義を新たに捉え返す視角が可能にもなる、とも言えるように思われる。この意味では、ヴェーバーの「東アジアにおける資本主義の成立不可能性論」は、それを現代の問題群の中においてひとひねりして捉え返す限りは、間違ったものだったとか、無意味なものになったというようには決して言えないのである。

本報告においては、このような事情を踏まえて、ヴェーバーの議論を批判的に継承することの重要性という主張を掲げながら、現代東アジアの資本主義の発展を瞥見し、それとの関係において東アジアにおける現代法哲学の課題を考察してみたい、と思う。

二、ヴェーバーの東西の比較研究の最重要な論点の一つに、周知のように、こういう議論がある。ヨーロッパの都市形成――例えば古代ギリシャのポリス――は、誓約集団形成・兄弟盟約締結――つまりは、同一氏族に属さない者がヴォランタリーな誓約を通して「仲間 Genosse」になるという誓約・盟約――を通して行われたが、東洋における都市は、

このようなヴォランタリーな方法を通して成立したわけではなかった。むしろ、例えばエジプトや中国などの東洋の都市は、上からの官僚主義的な方法によって形成されたのだ、という議論である。[2]

ヴェーバーのこの都市形成論は、ヨーロッパの社会形成・国家形成の核心に関わるものであった。誓約集団形成・兄弟盟約締結といったヴォランタリーな手法に注視するこの議論は、いくつかの留保をしておけば、近代のホッブス、ロック、ルソーなどの社会契約論をも包摂しうる意味をもつと見ることができるからである。逆に言えば、このようなヴェーバーの誓約集団形成の手法による西洋の都市形成理解は、ヴォランタリー・アソシエーション形成や社会契約論的国家形成論の伝統をもたない東洋の社会形成のあり方のヨーロッパとは対照的な特質をシャープに衝くものである、とも言えるわけである。

無論、言うまでもなく、ヨーロッパのすべての都市が誓約集団形成的な手法で成立したわけではない。その意味で、この議論は、理念型的（idealtypisch）な議論にすぎない。しかし、そのことを了解した上で見るなら、このヴェーバーの議論は、きわめて大きな射程をもったものと評することが出来る。

例えば、ヴェーバー以降の議論で現代の法哲学に直接的な影響を与えている議論に、ハンナ・アーレントからユルゲン・ハバーマスへと展開されていくコミュニケーション理論がある。このコミュニケーション理論は、社会契約論を通して、ギリシャの誓約集団的ポリス形成の伝統にまで遡及していくものだと言えなくもない。ハンナ・アーレントのコミュニケーションの概念には、むしろポリス的実践が直接に息づいてさえいる。[3]

近年、日本においてであれ、中国においてであれ、このようなコミュニケーション理論に大きな関心が示されている。その関心は、それについての論者の直接的な意識がどうであれ、アジアにおける「市民社会」の伝統の不在――とりわけ、「政治社会としての市民社会」[4]の伝統の不在――についての反省的意識と無関係ではない。このように考えれば、

このハンナ・アーレントからユルゲン・ハバーマスへと展開されていくコミュニケーション理論に対する関心の高まり自体が、ヴェーバーの上述の議論と無関係ではないわけである。

無論、そのような議論とヴェーバーの自由主義との関係如何、という問題を立てたときには、そこにあらためて重大な問題が生じてくることになるということは、言っておかなければならないが・・・。

三、エジプトやメソポタミア、中国などのオリエントの都市の多くは、ギリシャの都市形成に先行するものであった。それらの都市は、いずれも河岸上に花開いた文明の都市であった。その河岸文明は、ヴェーバーが繰り返し言っているように、それぞれに大河川の治水・潅漑施設の建設と、それへの人民の徴発・動員等々のマネッジメントを行う官僚機構によって可能となったものであった。またその官僚機構それ自体が、そのマネッジメントの遂行の中で成長し発展したのであった。王の軍隊もその中で発達した。王の軍隊の遂行する戦争の目的の多くは、この治水・潅漑施設の工事に動員するための人間狩りにあったのだが、それが軍隊を発達させたのである。そして、工事の完成後は、掠奪され工事に従事させられた捕囚たちは、新たに耕作可能となった土地での耕作に従事させられた。それは必然的に、官僚と軍隊が居を定める新たな都市の形成と発展につながった。

こうして大河川の治水潅漑によって飛躍的に増大した農業生産力の上に成立した都市は、またそこでの諸々の社会システムも、西洋の都市とは違って、人々の誓約集団形成・兄弟盟約締結などのヴォランタリーな経路を取って成立したものではなく、やはり上からの官僚制的な手法によって形成されたものであった。勿論、そこにヴォランタリーな社会形成の萌芽があらたに発生する場合がなくはなかった。しかしそのようなものが見出された場合には、この上からの社会形成を危険に陥れるものとして、抑圧され圧殺され、少なくとも大きく制約された。

ヴェーバーは、最古の官僚制はエジプトにおいて成立した、中国でも官僚制は大きく発展した、と言っている。そして、『支配の社会学』における官僚制の歴史的分析では、この二国に特別の注意を払っている[5]。その分析は、それが、誓約集団形成的な社会的思考様式——社会契約論やコミュニケーション理論につながっていく思考様式——とは対立的なものであったことを、執拗に強調している。ヴェーバーの東西比較文化論の焦点は、まさしくこの点の対照を、少なくとも一つの、最も重要なポイントとするものであった。その意味では、ヴェーバーの誓約集団的・兄弟盟約的都市形成という視点は、ヴェーバーの方法的視点の位置をも有している。つまり、この比較論が重要な現代的意味をもつことを自覚した上で、ヴェーバーは、『経済と社会』に収められた一連の諸論考を執筆し続けたのである。

四、ところで、誓約集団形成・兄弟盟約締結というようなヴォランタリーな経路を取って社会形成を行うためには、血統にまつわる観念や伝統の神聖性に関わる観念がブレイク・スルーされる必要があった。少なくともそれがもつ意味が、都市形成・社会形成との関係において、大きく相対化される必要があった。

逆に、治水・灌漑工事の成果を通して急速に——言わば一足飛びに——一元的権力が成立・発展し、上からの官僚制的社会形成が行われた場合には、民衆の中の氏族的血縁的観念や呪術的観念との対決は、必ずしも不可欠ではなかった。その場合には、そのような観念は、自覚的にか無自覚的に温存されることとなった。ここから、「血統カリスマ」というような魔術的観念を否定していく西欧的合理化の軌道と、それを温存し独自の観念に発展させていくインド的・中国的な軌道が分岐した。

このように考えるところからヴェーバーの宗教社会学的議論が開かれていくわけであるが、ここでこの点に立ち入ることはできない。ここで重要なことは、その点に関わる議論が単に孤立的な宗教的次元に関わるものではないというこ

と、それは以上のような『支配の社会学』、『都市の諸類型』等の議論と内在的に関連しあうものだということ、を確認しておくことである。

五、時間的に制限された報告では、大幅な単純化は不可避である。そのことを前提にして言えば、ヴェーバーは、総じて西洋と東洋の社会形成のあり方についての比較論を、基本的にこのようなものとして見ていたと言うことが出来る。そして、それが『都市の類型学』における議論に最も尖鋭な形で表現されていたわけである。

ところで、近代的資本主義論についていえば、ヴェーバーは、それの特質を、自由な契約関係・市場関係と、その上で可能になる職業労働（Berufsarbeit）とを基礎にして展開されるところにある、と見ていた。このようなものとして、この資本主義は、言わば経済的領域におけるヴォランタリーな社会形成による成果であった。

そのヴェーバーの議論で重要なことは、その資本主義の発展は、自生的な経路を辿るのではなく、たとえ国家的官僚制の保護下で離陸可能だとしても、最終的には、そこから独立しなければ健全な発展は望めない。国家的保護下では、資本は、得てして政治的特権を志向したり独占的で排他的な地位を掌握したりして Rente の獲得に――つまり rent-seeking に――向かう頽廃的な行動を志向するようになるし、またそこから脱却できなくなるからだ、とされていることである。

ところで、ここから、

①生産的・創造的労働による利得の獲得を志向する資本主義と

②特権を通しての rent-seeking を志向する資本主義

という二種類の資本主義概念が得られることになる。

今、この rent-seeking の言葉を用いたことは、やや唐突であったかも知れない。そこで、この言葉について、急いで一言説明を加えておこう。

ヴェーバーは、Rente（英：rent）／Rentenkapitalismus という言葉を、あちらこちらで頻繁に用いている。ここに、ヴェーバーの資本主義論についての一つの重要なポイントが込められていたからである。

さて、Rente とは、新たな価値の創造なしに、政治的・社会的な権力によって、またはそれとの癒着によって横奪される利得のことである。市場を前提にして言えば、市場的公正さを逸脱した形で獲得された、その意味で正当性（legitimacy）をもたない利得である。この Rente という語は、「地代」という意味から派生したものだが、「地代」も、その権原はつまるところ軍事的征服――という広い意味での政治的権力――に行き着くことになると見るならば、それの利得としての「経済的」正当性は問題視されうる。そして、要するに、そのような意味において経済的正当性をもたない利得を志向する資本が Rentenkapital なのである。

ノーベル賞経済学者であるスティグリッツ（Joseph E. Stiglitz）は、このような Rente（英：rent）追求的行動を rent-seeking と呼んでいる[(6)]。そして、例えば現代アメリカのある種の投資家や企業の CEO、一部の富裕者層の富は、市場の公平な競争が機能しないように政治的に操作されたメカニズムに立脚して富を掻き集めるという rent-seeking の結果である――つまり事実上の「富の収奪」である――との批判を行っている。この種の議論は、公共政策論における議論に遡及するのだが、ここでは立ち入ることはできない。ここで重要なことは、この rent-seeking という現代英語は、ヴェーバーの Rente、Rentenkapitalismus 批判の議論の精神にも適合するもの、連続するものであって、それを論ずる場合には、はなはだ好都合なものだということである。本報告のサブタイトルに掲げた「Rentenkapitalismus と rent-seeking capitalism の連続性」という言葉は、さしあたりはこの点を指している。

六、さて、ヴェーバーの資本主義論は、このような rent-seeking 行為を原理的に批判することを一つの焦点にするものであった。ヴェーバーの職業労働とは「人類の物質的財貨の調達の合理化」(7) を使命と見、その合理性を阻害する非合理的なもの——伝統的偏見や政治的特権など——と闘う、という意味を内包していた。ヴェーバーは rent-seeking 的な行為を「経済的に非合理的 (wirtschaftlich irrational) な」のものと見なし、Rentenkapitalismus を「非合理的資本主義 (nichtrationaler Kapitalismus)」とも呼んでいた。(8) 先に二種類の資本主義概念が得られるといったのは、このことである。

ヴェーバーは、資本主義のインフラとしての合理的な官僚制の必要を承認している。しかし、官僚制は、誓約集団的社会形成の原理に対立する性格をもつものであるとともに、いわば Rentenkapitalismus のパートナーとなりうるもの、なりがちなものでもあった。官僚による——つまり、法や政策を通しての——市場操作が Rentenkapital にとっての Rente の確保につながり、それが同時に官僚の権力の強化にもなり、利権にもなるということを考えれば、このことは直ちに了解されよう。

こうして、ヴェーバーの資本主義論は、「合理的な官僚制」の必要については、これを承認した上で、「Rentenkapitalismus」とそのパートナーとしての「官僚制」——非合理的に機能する「官僚制」——とは徹底的に闘おうとするものであった。官僚制と癒着した Rente 志向の資本主義は、非合理的経済を蔓延させて社会を頽廃に追いやるものと考えられたのである。ヴェーバーの官僚制の承認は、官僚制が内包しているこのような傾向と闘い、官僚制を「合理的資本主義」とその市場関係の合理的展開をサポートする機能に限定する必要性を大いに強調した上での、言わば条件付き承認だったのである。またヴェーバーは、この資本の非合理化と官僚制の非合理化を監視し統制する機能をはたすべき議会の機能を重視し、更にはその議会を統制する機能をもつ政治的市民の成熟した政治行動に、そして普

通選挙権に、大きな期待を寄せていた。上の諸力の緊張関係に最終的な決済を与えるものの権力基盤はここに置かれるべきだ、そう考えていたからである。ヴェーバーの政治機構改革論の多くは、この論点に関わるものであった。この点では、ヴェーバーの議論は、スティグリッツの議論を、よりシャープな形で先取りしているとさえ言えそうである。

七、「人類の物質的財貨の調達の合理化」を使命と心得、その合理性を阻害するものと闘う職業労働は、生産過程の分業と協業関係の組織的再編成と技術的合理化を——要するにイノヴェーションの可能性を——不断に追求するという論理を内在させたものであった。Rentenkapitalismus における rent-seeking 行為が何よりも問題となるのは、それがこの生産機構と生産過程におけるイノヴェーションの可能性に眼を向けず、政治的・社会的な権力構造と癒合することによって、他者に帰属するべき利得の取り分を収奪することに力を傾注するからである。

その端的な現代的な一例に、自動車の排気ガスに対する対応の問題がある。自動車の排気ガスが一つの重大な公害源として問題化されたとき、自動車メーカーには、二つの対応が可能であった。第一は、排気ガスの減少・希薄化を可能にする技術の開発に対する研究投資への拡大、第二は、その問題の政治問題化を押さえ込むためのロビイストや法律家、そして政治家への投資の拡大である。ここに、問題の発生を生産機構と生産過程におけるイノヴェーションの可能性に向かう契機とするか、政治志向的な行動を取る契機とするかの分岐がある。後者の選択は、権力と癒着することを通して公共財としての環境コストに対するフリー・ライドの「権利」を求めるという意味で、rent-seeking 的行為の一種だ、いやそれよりも悪質な、環境という公共財の掠奪だ、と言いうるわけである。

このような rent-seeking 行為は、政治的・行政的権力の腐敗と、既存の非合理な権力や暴力の温存につながる。無論、それは、本来的な市場のルールを大きく歪曲するものでもある。現れ方はこれとは異なっていたにせよ、この種の問題

は、ヴェーバーの眼前に既に姿を現していた。それを、ヴェーバーは、資本主義の合理性の自己否定とそのことによる正当性をもたない非合理的資本主義への変質に関わる深刻な問題としてとらえていた。

これに反して、「合理的資本主義」は、公正な「市場機会 Marktchance」とそこにおける「大量的・大衆的な販路や、大量的・大衆的なる欲望充足の機会」に志向するものであった。こうして、「合理的資本主義」は、公正な「市場」とそのルールと密接な相互関係、相互促進関係をもつことになる。そしてそのことが、生産過程のイノヴェーションを生み出し、現代的に言えば、新たな機能をもった商品を広く購買可能な価格で販売しうる開発力をもたらす。[9] ヴェーバーは、この「合理的資本主義」の働きの内にこそ、本来の意味での社会発展の条件を見たのであった。

八、ヴェーバーによれば、揺籃期の資本主義をこのような合理的な社会経済的組織に仕上げていくという課題こそが、ヨーロッパの中世末期以来残されていた問題であった。このような合理的資本主義への発展の途は、ヴェーバーによれば、近代以前においては閉ざされていた。[10] とりわけアジアにおいてはそうであった。この問題を、「合理的資本主義」の主体的な条件の側面から解明したのが、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』であった。

『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』の中に、「ドイツの成り上がりの資本家家族」が「世襲財産と名目貴族という安全港に到着するや、息子を大学や官庁に勤務させ、その息子は自分の出自を忘れようと努力」しはじめる。これは珍しくもない光景だが、それは「亜流者流の頽廃的産物」だ、と辛辣に皮肉っている文章がある。[11] ヴェーバーは、ここで、資本主義を財産形成の手段としてしか見ず、その財産が生み出す Rente を基礎にして結局は怠惰な伝統主義的生活様式に回帰していくというライフ・スタイルが、社会の革新を放置し、むしろそれを頽落させ、社会的衰退を惹起する重大な要因となっていることを問題視している。そして、そのような風潮と対決しているわけである。このよう

な「成り上がり者」が獲得する「世襲財産と名目貴族」は、rent-seeking behavior と表裏一体のものである。このようないわば「世襲財産と名目貴族 -seeking behavior」は、現代のアメリカのいわゆる「富裕層」の中に露骨に現れている。日本でもその傾向は模倣されている。ヴェーバーは、しばしば市民的意識、市民的階級意識の重要性を強調しているが、それは、このような頽落に向かう伝統志向的」で「貴族」主義的で、「非市民的」な精神に批判的に対置されたものなのであった。

九、ヴェーバーは、近代資本主義を分析する一方で、繰り返し古代の経済史・農業史を論じている。そこでのヴェーバーは、誓約集団的手法を通して成立したポリス的政治体制が、同時に「古代資本主義」的経済をもっていたことを明らかにしている。ところで、その場合にも、古代資本主義における「資本主義的企業者 kapitalistischer Unternehmer」と「資本レンテ寄生者 Kapitalrentner（＝ rent-seeker－今井）」との区別は、ハッキリと貫徹されているのである。[12]

しかし、この場合の古代資本主義の「企業者」とは、ギリシャを例にとって言えば、自由な市民に軽蔑されながら、基本的には、Rente の獲得を相対的に合理的な形で追求する商人にすぎなかった。そして、自由な市民とは、ほとんどの時間をスポーツを含めた軍事訓練を行うのでなければ、ソクラテスのように広場で語りあうことに時間を費やし、奴隷を働かせてそれで生活を支えている Rentner にすぎなかった。

古代民主主義も、こうして経済的に見れば、所詮は政治的チャンスに寄生する資本主義（＝<political chance>-oriented capitalism）を抱え込んでいたのであり、その全体は、<political chance>-oriented――あるいはむしろ <military chance> oriented――ではあるが、古代資本主義とも言えない、奴隷がもたらす Rente に支えられていたのであった。ポリスの民主主義は rent-seeker たる〈政治人＝ homo politicus〉たちの民主主義に他ならなかったのである。

だが、ヴェーバーの『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』に言う「資本主義」とは、これとは違って「西洋に独自な近代の合理的経営的資本主義」であった。それは、「中国、印度、バビロン、ギリシャ、ローマ、フィレンツェから現代にいたるまで、三〇〇〇年来世界の各地にみられた高利貸、軍需品調達業者、官職＝徴税の請負業者、大商人や大金融業者たちの資本主義[13]」とされる非合理的資本主義＝Rentenkapitalismus とは原理的に異質なものであった。このヴェーバーの指摘は、このような古代民主主義への批判を含めた、Rentenkapitalismus 批判、rent-seeking behavior 批判の総括的な表明に他ならないということができるであろう。

十、ヴェーバーによれば、「西洋に独自な近代の合理的経営的資本主義」が成立したのは、プロテスタンティズムのエートスを通してであった。だが、その資本主義も、実はこの rent-seeking behavior に立脚する Rentenkapitalismus とは全く無縁とは言えず、それへの転落の可能性を内包しているものであった——この問題をヴェーバーは、「職業労働」の結果としての「富の獲得」を労働の「自己目的」に転換させていたベンジャミン・フランクリンの功利主義のうちに見ていた——。その意識には、他者の労働を利用する場合には、その労働を自己にとっての利得の源泉とみる発想が潜在していた。それは、やがて「新たなる賦役国家」への推進力として働くことになる。

ヴェーバーは、『古代農業事情』などでは、ギリシャよりは一歩進んではいるが本質的には同質のものにとどまるローマ的「古代資本主義」を分析しながら、ローマ帝国が遂にはエジプト類似の官僚制と賦役制を抱え込みながら衰亡していった様相を描き出している。つまり、ローマ帝国は、遂には「アジア的復古」を成し遂げてしまった[14]、というわけである。このヴェーバーのローマ帝国の「アジア的復古」の具体的様相についての歴史的認識への情熱は、ヨーロッパの近代資本主義に対する危機感に発したものであった。強力な官僚制を伴ったドイツ資本主義は——いや、官僚制を自ら

にとって不可欠なものとし、また rent-seeking behavior の可能性を孕んでいるすべての現代資本主義は――、実は、総体としてこのローマ帝国の「アジア的復古」への道をあらためて歩んでいるのではないか。これは、ヴェーバーの胸底から去ることのない根源的な問題であった。このヴェーバーの危惧は、既に『ロシア革命論』第一論文の次の一節によくあらわれている。

「アメリカの「慈恵的封建制」(benevolent feudalism) といい、ドイツのいわゆる「福利厚生施設」(Wohlfahrteinrichtungen) といい、更にはロシアの工場基本法 (Fabrikverfassung) といい (ここでヴェーバーは、高度資本主義の諸様相を概括しているわけである－今井)、いたるところで新たな隷従の檻 (das Gehäuse für die neue Hörigkeit) がすでに出来あがっているわけであって、あとはもう大衆の収容を待つだけとなっている。そのうち技術的－経済的「進歩」のテンポが鈍化して、「レンテ」の伸びが「収益」の伸びを上回るようになり、それと並行して、「自由な」土地も、「自由な」市場も、次第に姿を消すようになるだろう。そうなれば、結局、大衆は「すごすごと」その檻へ入って行くほかはなくなるわけである[15]」。

ヴェーバーは、ある意味では、「アジア停滞論」にコミットしていた。ヨーロッパには「普遍史」的な意味をもつ近代文化と近代資本主義が成立したが、他面でアジアにはそれは成立しないとしていた以上、このことは否定することができない。しかし、ヴェーバーは、他面で同時に、ヨーロッパの発展は、近代資本主義が Rentenkapitalismus へと変質していく中で、やがて停滞に陥り、ヨーロッパの「アジア的復古」を帰結せざるをえないのではないか、と考えてもいたのであった。近代的資本主義は、「新たなる賦役国家」＝(「新たな隷従の檻 (das Gehäuse für die neue

Hörigkeit」）へと帰結していくのではないか、というわけである。

「アジア停滞論」と「ヨーロッパの「アジア的復古論」」とは、こう考えてみれば、同じ事態の異なった地域における発現――アジアとヨーロッパとにおける発現――に他ならないと言える。ヴェーバーにとっての、『ロシア革命論』以降の問題は、まさしくこの点にあった。ヨーロッパの頽落と停滞、そして「アジア的復古」の問題は、ヴェーバーにとっては、実は、なによりも「ヨーロッパ的停滞」の問題に他ならなかったのである。まさしくそれゆえにこそ、ヴェーバーは、『古代農業事情』の結論部分において、こう言っていたのである。

「（現代における－今井）社会の官僚化はいつか資本主義を抑圧するものとなる……。……その時には、《組織的秩序》が《自由な競争に立脚した生産 Anarchie der Produktion》に代位することになる。だがその秩序は、ローマ帝政時代や、それどころか、かつてのエジプト王国の組織的原理と似たものとなるであろう[16]」。

この文章は、先の『ロシア革命論』の文章といわば連動している。そのことは、「新秩序ドイツの議会と政府」における次の文章を重ねてみれば明らかとなる。

「「官僚制的組織」という「生きた機械」は、工場で労働者を支配している「あの死んだ機械」と手を結んで、「未来の隷従の檻（das Gehäuse jener Hörigkeit der Zukunft）をつくり出す働きをしている」。だから、「もしも……合理的な、官僚による行政と事務処理とが、人間にとって、懸案諸問題の解決方法を決定するさいの、唯一究極の価値であるとするならば、人間は、多分いつの日か、古代エジプト国家の土民のように、力なくあの隷従に順応せ

ざるをえなくなるだろう」。(17)

ヴェーバーにとっての問題が、現代ヨーロッパの「エジプト化」という形での「アジア的復古」にあったことは、これらの文章から明らかであろう。ところで、ここには重要な問題が隠されている。「アジア停滞論」とは、実は「アジアという地域」に関わる地理関係的な概念ではなかった、という問題である。それは、実際には、近代資本主義それ自体の停滞に関わる普遍的な問題と言うべきものだった。つまり、伝統主義の墨守（＝「アジア停滞」）、伝統主義の突破（ヨーロッパの「近代」化）、そして伝統主義への回帰（ヨーロッパの「アジア的復古」）という歴史的循環の可能性に関わる問題だったのである。しかし、多くのヨーロッパ人は、それをややミスリーディングな仕方で地理関係的概念として考えていたのである。しかし、現代アメリカにおける rent-seeking capitalism の問題化は、ある意味では、このヨーロッパ起源の近代資本主義の「停滞」・「アジア的復古」の兆候をハッキリと示しているとも言えるであろう。しかも、このような危機意識は既に J.S. ミルにはっきりと抱かれていたものであった。

ヴェーバーもまた、このように、ヨーロッパの頽落と停滞、そして「アジア的復古」の問題は、アジアの問題であるだけではなく、とりわけ高度資本主義下のヨーロッパの問題であると考えていた。だから、ヴェーバーは、「アジア停滞論」を地理関係的なものと見るミスリーディングな考え方を、実際には一歩超えていたのである。ただし、ヴェーバーは、この点を、明確に整理して論じていたわけではなかったのだが。

しかしいずれにせよ、上の引用文に示されたヴェーバーの問題は、「アジア停滞論」の問題に即しての、ヨーロッパの「アジア的復古」として現れた危機の問題――ローマ帝国のエジプト化に類似の、現代資本主義のローマ帝国化からひいてはエジプト王国化に至るという危機の問題――であった。このことは紛れもないところである。この意味で、ヴェーバー

は、モンテスキューを――ローマ帝国のオリエント化を通しての衰退を印象的な筆致で描き出した『ローマ盛衰原因論』を執筆し、またフランスの絶対主義をオリエンタル・デスポティズムに擬した『法の精神』のモンテスキューを――継承する社会思想家であった。ヴェーバーはまた、上で示唆したことだが、次のよう言うJ.S.ミルの延長上に立ってもいた。

「一国民を進歩に向けて誘導するのに最も有効な統治形態も、その次の段階の進歩を妨害……してしまうことがある。……エジプトの階層制度や中国の家父長制的専制政治は、エジプト人や中国人を彼らが到達した文明段階にまで引き上げるためには極めて適当な手段であった。しかし、エジプト人も中国人も、進歩のその段階に到達すると、精神的自由と個性が欠けていたために、永久的に停滞してしまった。精神的自由と個性とは改善の必要条件であるが（これがJ.S.ミルの『自由論』のテーマであった！―今井）、彼らを前進させた制度は、これの獲得を不可能にしてしまった[18]」。

このように言うJ.S.ミルにとっても、「アジア停滞論」の問題は、ヨーロッパの「アジア的復古」へ向かう危機状況――J.S.ミルにとっては、具体的には産業革命後の「大衆の氾濫」と「大衆の専制」の問題がその危機状況を表現していた。単なる物質主義的な幸福の次元で成立する快楽最大化主義的功利主義の問題も、その「大衆の専制」の問題の形を変えた表現にほかならないものであった――から見つめられていたのであり、その意味で「ヨーロッパの停滞」の問題にほかならなかったのである。

ヴェーバーの『支配の社会学』における官僚制の歴史的分析は、既に見たように特にエジプトと中国に大きな注意を払って展開されたものであった。その歴史的分析が近代と現代のヨーロッパの問題に直結していたことも、以上のよう

に考えてくれれば、既に明らかである。そのヴェーバーのエジプトや中国の家産官僚制分析は、また、このJ.S.ミルの議論とも無関係ではありえない。ヴェーバーは、モンテスキューを継承するだけではなく、『自由論』と『代議制統治論』のJ.S.ミルを継承する思想家でもあったのである。そして、ヴェーバーの議論は、この二人に代表されるような精神を体現しつつ、ヨーロッパの自由主義的価値を体現した市民社会の危機に関わっていたのである。

そのヨーロッパの市民社会の危機の中で、彼等は、多元的社会の中での批判と競争がもたらす緊張関係とその緊張関係の中で可能になる創造性・生産性こそが、この危機を超える可能性を提示するものだ、と考えていた——念のために言っておくが、モンテスキューの権力分立論とは、いち早く展開された一元論的権力批判＝多元論的権力論にほかならなかったのである——。

十一、東アジアの経済は、欧米の経済に追いつき、今それを追い越そうとしている。その意味では、東アジアは、ヴェーバーのアジアにおける資本主義不可能性論なるものを克服した。それは大きな成果であった。確かに一応はこのように言える。

しかし、そのことは、以上で見てきたヴェーバーの議論を踏まえていえば、東アジアの資本主義は、国家的官僚制の保護下で離陸したことによってはじめからRentenkapitalismusとしての性格を帯びており、そのことにおいて、同時に、既にRentenkapitalismusへの変質を遂げていた資本主義に追いついたのだということを意味している、と見るべきであろう。つまり、東アジアは、資本主義を立ち上げることに成功することによって、同時に、ヴェーバーが憂慮した近代資本主義の頽落という問題圏に中に入りこんでしまったのである。

もしこのようなことが言えるのであれば、東アジアの社会は、ヴェーバーを超えたというよりは、ヴェーバーの問題

圏に入りこんだという方が適切なのである。ヴェーバーが憂慮した近代資本主義の頽落の問題は、今やわれわれ東アジアの問題にもなったのである。スティグリッツのアメリカ資本主義の節度を失った rent-seeking behavior とそれをほとんど統制し得ないどころか、むしろそのレントのおこぼれを seeking しているアメリカ政治に対する批判的分析が、われわれアジア人にとってよそ事でなく感じられるのは、このことによっている。アメリカから中国まで、歴史的由来は異なっていても、また政治的体制が一応は異なっていても——従ってそのことに由来する様々な点での差異はあるにしても——、今や原理的には同一の rent-seeking capitalism の中に立っているのである。われわれは今、等しく、ヴェーバーが言った意味での「非合理的資本主義」の Rente あさりの跳梁の中に、息をのんで立ち尽くしているわけである。その意味では、ヴェーバーは、超えられるのではなく、現代に適合的な形で、批判的に継承されねばならないのである。

ここで、われわれは次のことを念頭においておかなければならない。ヴェーバーは、東アジアに近代資本主義が成立するための様々な阻害要因があることを剔抉して、そこには、近代的資本主義は成立不可能であろうという結論を下した。多元的権力構造の不在、少なくともそれの未成熟、従って健全な競争の不在／未成熟、巨大官僚制の存在とそれの非合理的な行動、官僚による俸禄追求と特に国家請負事業などで典型的に見られたレンテあさり（rent-seeking）といった問題を剔抉し、解決の方向を指し示す筈の市民的政治文化が未だ未成熟であるという事実を示した。

さて、東アジアの資本主義は、このような阻害要因の残存にもかかわらず成立したのであった。それは、資本主義にとって最大の阻害要因であった政治権力が、むしろ資本主義を成立させることなくしては自己の権力基盤を維持することが却って困難になるということを悟ったからであった。しかし、そのような形での資本主義の成立は、当然のことながら、資本主義の成立にも関わらず、それの健全な発達を阻害する要因を、予め数多く内に抱え込むという事態を意味することになった。その意味では、東アジアの資本主義は、Rentenkapitalismus の楽園にほかならない、とも言えるわ

けである。

東アジアの資本主義形成の一世紀半は、基本的には、一九世紀中葉の西欧の衝撃(ウェスタン・インパクト)がもたらした持続的な危機の中にあった。東アジアの資本主義形成は、この持続的な緊張関係の中ではじめて可能になったものであった。それは、内発的なイノヴェーションによるものではなかった。むしろ、その発展は、繰り返すことになるが、それまで資本主義の発展の最大の阻害要因であった政治権力が、資本主義を成立させることなくしては、自己の権力基盤を維持することが困難になるという危機意識――外圧が喚起した危機意識――に発するものであった。それゆえ、そこに成立した資本主義は、基本的に political-oriented な資本主義であった。

東アジアにおける資本主義経済の巨大な発展によって、資本主義は西欧に固有のものではなくなった。この意味において（も）、資本主義は、グローバルなものになった。しかし、その資本主義は、基本的に Rentenkapitalismus、political-oriented で、rent-seeking な資本主義なのである――しかも、その資本主義に対して、社会主義というカードは、もはや切り札としては、いかなる意味でも通用しなくなっているのである――。この資本主義は、念のために言っておけば、「公正」とか「平等」という概念が、ひいては近代自由主義の根本的価値であった「自由」の概念が――要するに法哲学の学問としての存在意味に関わる概念が――、全面的に問題化されるに至った所以の資本主義なのである。このことは、スティグリッツが精力的に説いている通りである。

ヴェーバーの議論は、この問題局面に即して批判的に継承されるべきである。そのことによってわれわれの法哲学の議論は、同時に、歴史的・社会的・政治的局面とも深い接点を確保しながら、展開していくことが可能となるのではないであろうか。

（1）Vgl., Max Weber, Vorbemerkung zur *Gessammelte Aufsätze zur Religonssoziologie, Bd. I.* Tübingen, 1920.

（2）Vgl. z. B. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, 1, Auflage,* Tübingen, 1921-1922, Kaptel IX, 7. Abschnitt. Die nichtlegitime Herrschaft (Typologie der Städt).

（3）Hannah Arendt, *Human Condition.*

（4）今井弘道『新・市民社会論』（風行社 二〇〇一）第一章参照。

（5）Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Kaptel IX, 7. Soziologie der Herrschaft, 3. Abschnitt. Patriarchale und patrimoniale Herrschaft.*

（6）Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality*, 2012.

（7）Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kaptalismus, in:*Gessammelte Aufsätze zur Religonssoziologie, Bd. I.* S.61

（8）Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, München und Leibzig, 1923, S.286

（9）Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S.286

（10）Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S.286

（11）Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kaptalismus, in:*Gessammelte Aufsätze zur Religonssoziologie, Bd. I.* S.55

（12）Max Weber, Agrarverhältnisse im Altertum, in: *Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, Tübingen, 1924, S.32

（13）Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kaptalismus, S.49. Anm.2

（14）ここで「アジア的復古」という言葉を使ったのは、私の現在のヴェーバー研究が、Wittfogel の *Oriental Despotism* を視野に入れながら、それをヴェーバー解釈の深化を通して一歩超えることを目指していることによっている。この Wittfogel の「アジア的復古」に関しては、石井知章『中国革命論のパラダイム転換――K.A. ウィットフォーゲルの「アジア的復古」をめぐり――』（社会評論社 二〇一二）参照。

（15）『ロシア革命論』、一三四頁。

（16）Max Weber, *Agrarverhältnisse im Altertum*, S.278

(17) Max Weber, Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik, in:Gesammelte Politische Schriften, 5. Aufl., S.332.「新秩序ドイツの議会と政府」、『世界の大思想――ウェーバー政治・社会論集』(河出書房一九六九) 所収、三二九頁。引用文中の強調は今井。

(18) J.S. Mill, *Considerations on Representative Government.*「代議政治論」、『世界の名著　ベンサム/J・S・ミル』(中央公論社一九六七) 所収、三八三頁。

# 中世後期ドイツにおけるライン宮中伯の領邦支配とヘゲモニー（三）

田口正樹

目次

## おわりに

（ｆ）宮廷所在地としてのハイデルベルク

中世後期ドイツの諸領邦における宮廷所在地 Residenz の形成とその機能は、近年多くの研究がなされているテーマである。[1] プファルツにおいては、ネッカー河畔のハイデルベルクが、宮中伯の宮廷所在地として発達していった。[2] 元来ヴォルムス司教から宮中伯に授与された教会レーンであったハイデルベルクは、[3] 既に一二世紀末から、ライン宮中伯にとって重要拠点の一つであり、[4] 一三世紀初めには市民団体の存在も確認されるが、[5] 一四世紀中頃にも、まだ人口約三〇〇〇の中小都市にすぎなかった。しかし一四世紀後半に宮中伯ループレヒト一世のもとで、ハイデルベルクは宮廷所在地として争われない地位を確立する。

ループレヒト一世の滞在地点を見ると、判明する限りではハイデルベルクでの滞在頻度が他の地点を圧しており、[6] また証書発行の面でもハイデルベルクは主要な発行場所となった。[7] ループレヒト一世はクリスマスや復活祭などの重要な教会祝祭をしばしばハイデルベルクで祝ったものと推測され、またハイデルベルクは一三八四年に国王ヴェンツェルが諸侯と都市同盟の対立の調停を試みた、いわゆるハイデルベルク和議 Heidelberger Stallung の舞台となるなど何度か皇帝・国王の来訪を見、更にループレヒト一世はいくつかのトーナメントをハイデルベルクで催した。[8] ループレヒト一世は、ハイデルベルク市の発展のための措置をも講じた。一三五七年になされた年市（メッセ）設立の試みは持続的な成果をあげなかったが、[9] 後で詳しく論じる一三八六年のハイデルベルク大学創設は、市の発展にとって重要な刺激となり、かつハイデルベルクの中心地的機能を高めることになった。[10]

このような中心地としての発展の一方で、ハイデルベルク市における市民自治の展開は、宮中伯によって制約されていた。市長職と都市参事会員職への就任が宮中伯の同意のもとに行われるべきことは、一三五七年に都市側によって改めて承認された。それにとどまらず、宮中伯は場合によってはこれらの職の任免をみずから行うこともできるものとされた。[11]

確かに、ループレヒト一世の移動行動があいかわらず活発であることは見逃されるべきではないが、[12]他方でこうした宮廷所在地形成の進展は、中世後期ドイツにおける支配の濃密化を反映し、その動きを更に促進するものであったと言える。ループレヒト一世の治世はこの面で、プファルツ領邦とその影響圏の歴史の中で、大きな意義を有していたと見ることができる。

ハイデルベルクの宮廷所在地としての発展は、ループレヒト一世の死後も大きな断絶なく継続された。一三九二年には、ループレヒト二世が、近傍の豊かな村ベルクハイム Bergheim をハイデルベルクに併合し、これにより市域は旧市の西側へ一気に二倍近く拡大された。[13]更に国王ループレヒトのもとで、前述のように家門の宗教的中心として聖霊参事会教会 Heiliggeiststift もハイデルベルクに設立される。[14]一五世紀の間に、ハイデルベルクの城は、時代に合った軍事・統治・居住設備を備えた居城 Schloss へと拡張された。[15]一四五七年に宮中伯フリードリヒ一世は書記局用にハイデルベルク市内の建物を購入し、それが一四六二年に消失した後は城の近くに別の建物を建てさせたが、そこには書記局以外に顧問の会議室と宮廷裁判所用の会議室も所在していた。[16]都市の人口自体は一五世紀中頃にもまだ五〇〇〇人程度と推定されるとはいえ、[17]ハイデルベルクはこのようにして、近世的な居城と官庁を備えた領邦首都へと発展していったのである。

宮廷所在地の形成の反面として、ハイデルベルクの宮廷に集まる多数の人員をいかに養うかは、一つの大きな問題と

なった[18]。宮廷に必要な物資は、ハイデルベルク近くの宮中伯所領などから供給されたと考えられるが、中世末には、所領からの現物供給は後退し、都市の市場を通じた調達の比重が高まった[19]。宮廷関係の人員は城の近くに居住しており、また宮廷の人員は独自の兄弟団（bruderschafft dez hofgesindes）をも結成していた[20]。ハイデルベルク市の都市参事会員の中にも、この兄弟団のメンバーになっている者がおり、宮廷都市としてのハイデルベルク市の性格をうかがわせる。宮中伯フィリップのもとで一五〇〇年に制定された調理所規則 Küchenordnung は、宮廷で宮廷構成員に供される食材について規定しているが、高価な香辛料などの管理を強め、コストを削減しようという君主側の意向を示している[21]。

以上のような、中世後期におけるハイデルベルクの発展は、君主の宮廷を中心とする領邦支配の発展を反映する現象であった。その際、領邦君主のもとでの官庁の形成にとどまらず、宮廷の維持とそこでの儀式、宗教的・学問的中心の確立といった幅広い中心地機能が集積されていったのであった。狭義の領邦支配の外へ放射される影響力を含めて、宮廷所在地には宮中伯の支配の広がりが映し出されていたのである。

（g）文化的中心としての宮廷

ハイデルベルクで展開される文化活動もまた、プファルツ領邦とその影響力の発展を示す一つの指標である。特に、一五世紀後半の宮中伯フリードリヒ一世およびフィリップのもとで、ハイデルベルクのプファルツ宮廷はドイツにおける初期人文主義の中心の一つとなった[22]。

既に一四世紀末以来、宮廷において、宮中伯やその妻のための翻訳や写本作成が行われたことが知られている。ルートヴィヒ三世は、一五〇以上の神学・法学・医学関係の写本を持ち、このコレクションは彼の死後ハイデルベルク大学に遺贈されて大学蔵書の重要な部分を構成することになった。フリードリヒ一世も、一〇〇以上の写本を含むコレクショ

ンを有し、その四分の一は古典作家の作品であった。[23] 一五世紀後半には、君主子弟の教師としても、学者が招かれた。

フリードリヒ一世のもとで、ペーター・ルーダー Peter Luder、ペトルス・アントニウス・デ・クラピス Petrus Antonius de Clapis、ヤーコプ・ヴィムプフェリング Jakob Wimpfeling などの人文主義者が宮廷で活動した。彼らはフリードリヒの地位と行動を正当化するための文筆活動をも展開した。[24] このうち、ペーター・ルーダーは、ハイデルベルク大学で自由学芸を学んだ後、イタリアへ向かい、フェラーラで特にヴェローナのグアリーノ Guarino に学んだ他、パドヴァ大学でも勉学した。[25] 彼は一四五六年にフリードリヒ一世によってハイデルベルクに招かれる。その人文主義的学風は、ハイデルベルク大学の学者たちからは抵抗を受けるが、宮廷では支持者を見いだした。[26] 一四五八年には、フリードリヒ一世のための称賛演説を発表し、[27] 一四六〇年にも宮中伯のために別の詩を作るが、[28] 同年のうちにハイデルベルクから去った。

また、北イタリアのリグリア出身のペトルス・アントニウス・デ・クラピスは、人文主義者マリオ・フィレルフォ Mario Filelfo に学び、一四六四年からバーゼル大学の自由学芸学部で教え、翌一四六五年には同大学でローマ法の学位も取得した。[29] しかし彼は、既に同年のうちにハイデルベルクに移り、宮中伯フリードリヒ一世に仕えた。彼は既に一四六四年にフリードリヒに君主鑑を献呈していた。[30] ペトルスはフリードリヒ一世の宮廷で、その人文主義的学識を生かして地歩を占めた他、[31] 特に教皇庁への使節として何度も派遣された。[32]

宮中伯フィリップの宮廷もまた、人文主義者の活動の舞台となった。コンラート・ケルティス Conrad Celtis は、一四九五年にハイデルベルクで、イタリア各地の手本にならってドイツで初めての人文主義アカデミーを設立した。[33] ヤーコプ・ヴィムプフェリングも、一四九八年に、宮中伯フィリップの息子フィリップおよびルートヴィヒ五世に献呈した君主鑑を執筆した。[34] それまで主にヴュルテンベルクの宮廷で活動していたヨハネス・ロイヒリン Johannes Reuchlin も、

宮中伯フィリップの息子たちの教師としてハイデルベルクに迎えられ、書記局長 Kanzler のヨハン・フォン・ダルベルク Johann von Dalberg をはじめとする人文主義者たちと交際した。(35)

君主本人以外には、書記局長のルートヴィヒ・フォン・アスト Ludwig von Ast、マティアス・ラムング Matthias Ramung、前述のヨハン・フォン・ダルベルクらが人文主義者サークルの援助者であった。(36)

またマティアス・フォン・ケムナート Matthias von Kemnath、ミッヒェル・ベハイム Michel Beheim、ラインボルト・シュレヒト Reinbold Slecht らによる、宮廷とその周辺で成立した歴史叙述も、宮中伯フリードリヒ一世のために実用的機能を果たした。(37) 例えば、マティアス・フォン・ケムナートの年代記は、帝国史・教会史・地方史に関する記述と系譜的情報によって、プファルツの帝国・教会政策に歴史的根拠素材を提供し、フリードリヒ一世の問題含みの支配掌握を正当化して、それを皇帝フリードリヒ三世やその他のプファルツの敵対者からの攻撃から擁護する機能を果たしたのであった。(38) また、プファルツ宮廷では一五世紀初めから、宮廷合唱隊 Hofkantorei の存在が史料上確認され、一五世紀後半のフリードリヒ一世の時代には、宮中伯は質の高い合唱隊を宮廷に抱えていた他、当時先進的であった低地地方の音楽家たちをも宮廷に迎えていた。(39)

一四七四年に上プファルツ Oberpfalz のアムベルク Amberg で行われた宮中伯後継者フィリップとバイエルン・ランズフート公ルートヴィヒ（富裕公）Ludwig der Reiche の娘マルガレーテとの結婚式は、この時代のプファルツ宮廷の最も華やかな儀式の一つであった。(40) この機会に、フィリップの上プファルツでの宮廷のために宮廷条令 Hofordnung も制定されている。(41)

こうしてプファルツ宮廷は、特に一五世紀後半において、文化的中心としても旺盛な活力と高い威信を示したのであった。このような宮廷を維持・展開することは、狭義の領邦にとどまらず、領邦外に広がるライン宮中伯の政治的影響力

にとっても、少なからぬ意味を持ったものと考えられる。

（二）ハイデルベルク大学

ハイデルベルク市とプファルツ宮廷の発展にとって、一三八六年にハイデルベルク大学が設立されたことは、大きな意義を持った。[42]全体として見た場合、大学の存在は、既に述べたハイデルベルクの宮廷所在地としての発展とプファルツ宮廷における統治の学識化傾向を促進したのである。

大学創設には、一三七八年の教会大分裂の勃発という全ヨーロッパ的事件が規定的に作用した。[43]フランスとパリ大学が当初アヴィニヨンの教皇を支持したのに対して、ローマ支持のドイツ出身の教師・学生はパリを離れ、別に活動の場を求めた。この動向を背景に、宮中伯ループレヒト一世は、ハイデルベルクでの大学創設を企図した。ローマの教皇ウルバヌス六世の創立特権状[44]は一三八五年一〇月に作成され、一三八六年六月に宮中伯のもとへもたらされた。実際に講義が開始されたのは同年一〇月のことであった。[45]設立に際しては、例えば領邦統治にあたる官吏を養成するといった「実務的」目的ではなく、既に大学を擁していたルクセンブルク家のプラハやハープスブルク家のヴィーンに対抗して家門の威信を高めるという側面が、強く作用したものと考えられる。[46]ハイデルベルク大学の創設も、その意味で、中世後期ドイツの領邦における君主家門という要素の重要性を示す現象と言えるであろう。

教師として大学設立を主導したのは、パリで教えていたマルシリウス・フォン・インゲン Marsilius von Inghen であった。[47]当初の大学の組織はパリを模範とするものだったが、[48]一三八六年から活動を始めたのは神学部と自由学芸学部で、法学部と医学部の開始はやや遅れたようである。またパリ・モデルはその後、ハイデルベルクの実情に合わせて修

正され、例えば同郷団 natio システムは廃止され、学頭 rector は自由学芸学部のみからでなく、四学部から選ばれるようになった。[49]

大学の財政的基盤は、一三九八年にシュパイアー、ヴォルムスなどの八つの教会の合計一二の参事会員聖職禄がローマの教皇ボニファティウス九世の特権状により大学に統合され、[50]また一四一三年にハイデルベルクの聖霊参事会教会 Heiliggeiststift の九つの参事会員聖職禄が大学のために確保されるなどして、[51]拡充された。それに伴い、設立当初は三人にすぎなかった教師陣も増員され、一四一三年以後には、神学部三、法学部三、医学部一、自由学芸学部六の講座を数えるに至った。[52]最初の世代の教師たちは、前述のようにパリからやってきた他、ドイツ人とチェコ人の対立が激しくなっていたプラハ大学からも数多く移ってきており、[53]教師陣の面でハイデルベルクがこの対立からも利を得たことがうかがわれる。法学部でローマ法の講座が正式に設けられたのは、ドイツの大半の大学と同様かなり遅く、一四五二年になってからであった。[54]

ハイデルベルクを訪れる学生の数は、ドイツ各地における大学新設にも影響されて、創立当初を除けばドイツの大学の中でも少ない方であり、[55]また多くの大学所在地と同様、学生と市民との間の対立も絶えなかったとはいえ、[56]大学の存在はハイデルベルク市の発展にとって重要な刺激となった。[57]また、ハイデルベルク大学の教師たちは、既に見たように、宮中伯宮廷の顧問などとして宮中伯の統治を支え、とりわけ一五世紀に進展した政治・外交の学識化の中で、宮中伯にとって不可欠の存在になっていった。このような意味で、ハイデルベルク大学は宮中伯支配の基盤の一つとなったのである。それに対応して宮中伯の側も、時に積極的に大学へ介入した。例えば宮中伯フリードリヒ一世は、一四五二年に大学の組織や教育を改革し、名目論と実在論の対立に関して両派の同権の確保につとめた。[58]この宮中伯のもとで、ハイデルベルク大学は、教師の構成、学生の出身地と学業後の活動先などの点で、近世的な領邦大学としての性格を強

めていくことになった[59]。また彼は、前述のように、ペーター・ルーダーをハイデルベルク大学に招聘したが、大学では一部の教師が人文主義を受け入れたに過ぎず、プファルツにおける人文主義は既述のように宮廷を拠点に展開したのであった[60]。

## (三) アムト制と地方行財政

中世後期ドイツの領邦において、君主が有する諸権利・諸収入は、次第にアムトと呼ばれる単位にまとめられて管理されるようになり、それぞれのアムトは空間的にも徐々に管轄の境界を有するようになっていった[61]。そのような展開によって、領邦君主の支配は時間をかけながらもより深く社会の下の層へ及んでいくこととなった。

プファルツの支配拡大にとって、王権からの質入れが非常に大きな意味を持っていたことは前述したが、宮中伯はそれ以外にも、近隣勢力からの質入れや購入により、支配を拡大していった[62]。例えば一三四九年には、ブレッテン Bretten がエーバーシュタイン Eberstein 伯から購入され[63]、一三五八年までにはジンメルン Simmern がラウグラーフ Raugraf から獲得された[64]。一三七〇年にはラーデンブルク Ladenburg の半分が、ヴォルフ・フォン・メッケンハイム Wolf von Meckenheim ら下級貴族たちから購入され[65]、その他、ボランデン Bolanden およびツヴァイブリュッケン Zweibrücken 伯領の半分などが獲得された[66]。このように集積されていった土地支配、その他の収入源、地方における裁判権[67]などは、プファルツでもアムトにまとめられていく[68]。アムトには、名称はさまざまだが、家人や貴族出身の責任者が置かれ、宮中伯を代理した。

地方行財政の役職としては、既に一三世紀前半からハイデルベルクのフォークト Vogt の存在が知られる[69]。また

一二六二年にはノイシュタット Neustadt a. d. Haardt（a. d. Weinstraße）のフォークトが史料に登場する。[70] これとは別に一三世紀後半には、ラインのヴィッツトゥーム Vitztum がライン地方全体における宮中伯の代理人として登場する。[71] とりわけ一二八〇、九〇年代には、ハインリヒ・フォン・ザクセンハウゼン Heinrich von Sachsenhausen がラインのヴィッツトゥームとして活動している。[72] ルードルフ一世のもとでも、ゴットフリート・デア・パウラー Gottfried der Pauler をはじめとして、何人かのラインのヴィッツトゥームが任命された。[73] これらのヴィッツトゥームは君主の分身として、司法・軍事・財務上の統治行為を行った。[74] また、ルードルフ一世のもとで、ハイデルベルク、ノイシュタット、リンデンフェルス Lindnfels、バッハラッハ Bacharach のフォークトが史料に登場する。[75]

一三二九年のパヴィア条約の後、おそらくラインのヴィッツトゥームはハイデルベルクのヴィッツトゥームとなり、一三三三年にはそれと並んでノイシュタットのヴィッツトゥームが登場する。[76] その後ハイデルベルクのヴィッツトゥームは、クネーベル Knebel、エアリッヒハイム Erligheim、ローゼンベルク Rosenberg などの家系により、[77] ノイシュタットのそれは、クネーベル、ヒルシュホルン Hirschhorn、ラントシャート・フォン・シュタイナッハ Landschad von Steinach、ジッキンゲン Sickingen などの家系により占められた。[78] 宮廷役職や顧問の所で既に見たような、ライン宮中伯と関係の深い下級貴族、特にクライヒガウ Kraichgau の下級貴族が、こうした地方役職の面でも重きをなしていたわけである。他に一三五〇年代にはアルツァイ Alzey のヴィッツトゥームが登場する。[79] これらのヴィッツトゥームも、やはりそれぞれの地点において宮中伯本人の分身の役割を果たし、収入徴収と管理、司法、軍事などの分野で活動した。[80] ループレヒト一世のもとでは、ブレッテン、ゲルマースハイム Germersheim、ハイデルベルク、リンデンフェルス、モスバッハ Mosbach などの地点でフォークトが登場する。[81] 他に、特に財務を担当し、またヴィッツトゥームの代理や文書の保管にもあたった地方書記 Landschreiber が、ハイデルベルク、ノイシュタット、オッペンハイムで知ら

れる[82]。

このようなアムトを通じた地方行財政のために、さまざまな文書も作成・運用された。最古の所領台帳 Urbar として、一三六九年のものが伝わっている[83]。いわゆるハイデルベルクのアムト台帳 Heidelberger Amtsbuch で、ハイデルベルクとブレッテンを除くライン右岸における宮中伯の諸権利・諸収入を記載しているが、おそらく未完に終わったものと考えられている。

ヴィッツトゥーム、フォークト、および後述の流通税徴収にあたった税関吏 Zöllner らの地方役人は、遅くとも一四世紀後半には、宮中伯に会計報告を行うよう求められていたらしい。また宮中伯の方は、もたらされた収入について受取証を発行したようである。そのような宮中伯と地方役人とのやりとりにおいて、決算の結果、（役人が任期中自己の出費で活動していたために）宮中伯の方が役人に対して債務を負った状態になっている例が見られるのは、中世後期の統治の実情をうかがわせる現象と言える[84]。またループレヒト一世のもとで、一般の地方役人の会計報告が現地で行われたのに対して、流通税関係の報告はハイデルベルクでなされており、財務管理分野における集権化傾向として注目される[85]。もっとも、プファルツ中央において財務機関が確立するのは、前述のように一五世紀後半になってからであった。

城塞も、プファルツの地方統治にとって本質的な重要性を持っていた[86]。宮中伯は、後述のようなレーンとして授与する城塞とは別に、自前の城塞を獲得・建設・保持した。城塞の責任者として、アルツァイ、アルテン・バウムブルク Alten-Baumburg、カウプ Kaub、エーレンブルク Ehrenburg、フュルステンベルク Fürstenberg、ゲルマースハイム、ゴレンフェルス Gollenfels、ハンマーシュタイン Hammerstein、ヘムスバッハ Hemsbach、ループレヒツエック Ruprechtseck、シュタールベルク Stahlberg、シュターレック Stahleck、シュトルツェンエック Stolzeneck、シュトロムベルク Stromberg、トリーフェルス Trifels、ヴァッヒェンハイム Wachenheim、ヴィルトベルク Wildberg の各城で

ブルクグラーフ Burggraf の存在が知られる[87]。特に、カウプ、フュルステンベルク、シュタールベルク、シュトロムベルクのブルクグラーフは比較的多くの史料に登場している。

これらの城塞には、主に下級貴族がブルクマンの地位を占め、ブルクレーンなどを得て、見返りに城塞守備にあたった。ブルクレーンの受領は、本来城塞駐屯の義務を伴ったが、一四世紀には緩和されて、駐屯の代理も許容された[88]。ループレヒト一世のもとでは、アルツァイ、バッハラッハ Bachrach、カイザースラウテルン Kaiserslautern、カウプ、キルケル Kirkel、フュルステンベルク、ゲルマースハイム、ハビッツハイム Habitzheim、ハッツハイム Hatsheim、ハイデルベルク、ヘルツォークシュタイン Herzogstein、リンデンフェルス、レーヴェンシュタイン Löwenstein、ノイエンブルク Neuenburg、オッペンハイム Oppenheim、オーデルンハイム Odernheim、プファルツグラーフェンシュタイン Pfalzgrafenstein、シュヴァープスブルク Schwabsburg、シュタールベルク、シュターレック、シュトラーレンベルク Strahlenberg、シュトロムベルク、ザウアーブルク Sauerburg、ヴァインハイム Weinheim、ヴィースロッホ Wiesloch、ヴォルフスベルク Wolfsberg でプファルツのブルクマンの存在が確認される[89]。

ライン宮中伯の地方支配は、一五世紀後半のフリードリヒ一世の時代に、彼のもとでの支配領域の拡大と平行して更に発展し、かなりの程度統一化がすすめられた[90]。ヴィッツトゥーム職の名称はいくつかの地点で維持されたが、その地位は今や他の地点におけるアムトマンと同列になった[91]。合計一八のアムトは、オーバーアムト Oberamt とアムトという二段階に整備され、当初は財政分野を担当した市民出身の地方書記 Landschreiber の役割が貴族出身のアムトマンに対して増大し、次第に地方書記がアムトにおける実質的な責任者となった[92]。

フリードリヒ一世はまた、地方支配の末端において、管轄などの点で均質な村落裁判所の設立につとめた[93]。村落裁判所は、宮中伯の狭義の土地支配に対してだけでなく、他の領主の所領に対しても管轄権を主張した。村落裁判所に対す

る支配権は、なおかなりの地点で別の領邦君主などによってプファルツと共有されていたが、宮中伯はその排除をすすめていった。[94] もっとも、オーバーアムト・アルツァイのようにプファルツの稠密な支配が建設された所でも、なお近世に至るまで、プファルツが他の領主と村落裁判所支配権を共有する地点が残っていたことにも注意が必要であろう。[95] プファルツ領邦支配の「オープンな」性格は、このような点にもあらわれているのである。しかしそれでも、村落裁判所の重要性が増すことにより、土地領主裁判所（いわゆる Hubgericht）において裁判権をも行使していた宮中伯以外の聖俗土地領主の支配権は次第に縮減されていった。[96] また、平行して、農村ゲマインデの形成も完結していき、村落住民は農村ゲマインデを単位として領邦臣民に組織されることとなった。[97]

村落裁判所は民事事件の他、下級の刑事事件をも管轄した。重大な刑事事件はライン左岸ではアムトマンの管轄であったが、ライン右岸の多くの地域ではツェント裁判所 Zentgericht で扱われた。[98] これらのツェント裁判所については、プファルツの関与のもとで既に一四三〇年に、宮中伯を裁判君主と宣言する法判告 Weistum が出されていたが、[99] 一五世紀末まではおおむね宮中伯の影響下に置かれた。宮中伯は、ツェントにおける法判告や証言聴取を通じて、マインツ大司教、シュパイアー司教、エアバッハ家など、隣接する領邦君主に対して自己の支配領域を画定し、支配権を確立する政策をすすめていった。[100]

都市もまた、中世後期ドイツの領邦における地方支配の強化にとって、少なからぬ意味を持った。[101] 宮中伯は、いくつかのアムト中心地点などで都市育成政策を展開した。[102] 宮中伯ルートヴィヒ二世のもとで、一二六四年頃にヴァインハイムの新市 Neustadt が建設され、一二七五年には既に都市化しつつあったノイシュタットのために国王ルードルフ一世の特権状が、[103] 一二七七年にはやはり都市化の過程にあったアルツァイのために同国王の特権状が獲得された。[104] またループレヒト一世は、一三五六年にバッハラッハに都市参事会を設置した。[105] ここではケルン大司教がグルントヘルシャフト

を持ち、宮中伯はフォークタイのみを持つという複雑な状況が存したが、その中で都市参事会の登場は、大司教のシュルトハイス Schultheiß とその裁判所の権力を排除し、プファルツの支配を強化することにつながった。また、とりわけ一四世紀後半にハイデルベルク市の発展が宮中伯によって促進されたのは、前述のとおりである。

これらの都市は、城のブルクマンと貴族たちの存在が無視できない意味を持っていた都市（アルツァイ[106]、バッハラッハ）とそうでない都市（ノイシュタット）という違いはあっても、概して宮中伯の強力な支配のもとに置かれた[107]。宮中伯の代理人であるシュルトハイスが、都市を支配し、裁判を主催した。これに対して、都市を拠点とするヴィッツトゥーム、フォークト、アムトマンなどは、主に都市外の農村部の権益を管理した。もちろん他方で、これらの都市では市民団体の都市参事会が形成されるが、シュルトハイスの裁判所に対する参事会独自の裁判権はあまり発達しなかった。参事会員は、同時にシュルトハイス裁判所の参審人を兼ねた。特に宮廷所在地となったハイデルベルクでは、前述のように、宮中伯が市長と都市参事会員の任免権を掌握していた。またプファルツ支配下の都市でツンフトが都市制度上大きな役割を果たすことは、ほとんどなかった。

更にフリードリヒ一世とフィリップのもとで、宮中伯の都市支配は強化され、とりわけ財政面での都市把握がすすんだ。宮中伯は都市の担税力を増し、周囲から人を都市へ引きつけるために、都市の特権を確認し、あるいは新たに年市特権などを与えた[108]。それと平行して都市における宮中伯役人の権限拡大もはかられた。フリードリヒは、一四五〇－六〇年代に、アルツァイ、バッハラッハ、ハイデルベルクに特権状を発行し、従来の租税から免除する代わりに、都市で徴収される消費税 Ungeld の一定割合を宮中伯に納めさせた。もっとも、プファルツの支配はこの時点では都市参事会を通じてのもので、個々の市民を直接把握しようとはしていなかった[109]。このような財政的要求に対して、一四八〇年代のノイシュタットの騒擾のように抵抗が起きることもあったが、そのような動きは例外的であった[110]。ただし、オッペ

ンハイム Oppenheim、オーデルンハイム Odernheim のような、もともと国王領に属し、質入れを経てプファルツ支配下に入ったような都市では、宮中伯の都市支配に対して市民側からの比較的強い抵抗が見られた。[111]
　全体として、プファルツ領邦内の諸都市は、宮中伯による保護と育成を享受する一方で、宮中伯により掌握され、市民団体による都市自治の展開も狭い枠内にとどまった。そうした状態にあった諸都市が、支配中心として、また軍事・財政上の貢献の点で、領邦支配確立のために果たした役割は無視できないものがあったのである。

## （四）教会政策

　中世後期ドイツの諸領邦の君主は、教会分野においても、徐々に支配権を強化していった。[112] プファルツ系ヴィッテルスバッハ家と教会・修道院との関係をみると、[113] 一三世紀から宮中伯は、シェーナウ Schönau、ルーペルツベルク Rupertsberg、エーバーバッハ Eberbach、オイサータール Eußerthal、オッターベルク Otterberg などいくつかの修道院に特権を与えている。[114] 一四世紀以降も、オッターベルク、シェーナウ、ローベンフェルト Lobenfeld、ゲルマースハイム Germersheim、フランケンタール Frankental、リンブルク Limburg、ヒルザウ Hirsau、マウルブロン Maulbronn など領内・領外の修道院の保護者として登場したり、その財産の保全に配慮したりすることは、しばしば見られた。[115] このうち、もともと王権の保護下にあったマウルブロン修道院は、一三七〇年代に皇帝カール四世により、期限付きで宮中伯の保護に委ねられ、その後プファルツの領邦支配に組み込まれていった。[116]
　宮中伯による、ノイシュタットにおける参事会教会 Stiftskirche の設定や、ハイデルベルクにおける聖霊参事会教会 Heiliggeiststift の寄進と建設については、墓所の項目で既に言及したところである。[117]

宮中伯の教会への影響力行使のルートとして、一つには、宮中伯が持つ保護権 Patronatsrecht が考えられる。一四九八年に宮中伯フィリップが作成させたリストに、上プファルツを含めた一覧が記録されているが、ヴォルムス司教区やシュパイアー司教区における聖職禄の全体数およびそこにおける保護権の保有者全体と比較すると、プファルツ保有分は数量的にはそれほど多くない。ヴォルムス司教区では全体の二割以下（三七六中三四）である。[118] しかし、同リスト冒頭には、プファルツの保護権により職を得た聖職者が行うべき宣誓の文言、プファルツによる推薦の書式、聖職禄の管理についての宮中伯の役人達への指令が記されており、[119] 宮中伯による保護権把握強化の動きをうかがわせる。その他、フリードリヒ一世以降、教区司祭人事の掌握も進展した。

ライン宮中伯の教会政策は、中世後期にすすめられた修道院改革とも連動していた。[120] 宮中伯ルートヴィヒ三世とルートヴィヒ四世は、ヴォルムス近郊のドミニコ会女子修道院リーベナウ Liebenau、ホーホハイム Hochheim、ヴォルムスのドミニコ会修道院、ヴォルムスの郊外 Vorstadt のシトー会修道院ノンネンミュンスター Nonnenmünster、ヴォルムス近くのキルシュガルテン Kirschgarten 女子修道院などの修道院改革を後援した。[121] 最後のケースでは、宮中伯は、ヴィンデスハイム改革 Windesheimer Chorherrenreform の動きを支援した。[122] キルシュガルテンからは、広い範囲の修道院に改革の刺激が及んだ。[123]

フリードリヒ一世のもとでも、宮中伯による修道院改革の支援と修道院把握の強化がパラレルにすすんだ。フリードリヒは、ブルスフェルト改革 Bursfelder Reform による、クリンゲンミュンスター Klingenmünster、シュポンハイム Sponheim、ヴァイセンブルク Weißenburg などの修道院の改革を後援するとともに、それを通じて修道院内部の関係にも介入した。[124] ブルスフェルト改革は、宮中伯フィリップのもとでも、リンブルク、ゼーバッハ Seebach、オーデンハイム Odenheim、ゲルマースハイムなどで行われた。[125]

このように、とりわけ一五世紀に入って、ライン宮中伯の教会・修道院把握は、中世後期の修道院改革運動のような領邦外にも広がった動向とも結びつきながら、強化される傾向にあり、大きく見れば、近世の教会統治の基礎が築かれつつあったのである。

（五）軍制

プファルツの軍制も、特に一五世紀に入って組織化が進んだ。この分野については、既に我が国でも皆川卓氏の論考[126]があるので、ここでは概要の確認にとどめよう[127]。

ライン宮中伯の軍事力は、中世後期の間にレーン制度による動員を主力とするものから次第に変質していった[128]。一五世紀後半、宮中伯フリードリヒ一世のもとでは、レーン軍の他に、スイスなどから集められた傭兵が用いられた。また、防衛戦争の場合には、農民・市民の召集軍の動員も試みられた他、農民や修道院は当時いわゆる車陣などの形で頻繁に用いられた戦闘用の車の供出を義務づけられた。フリードリヒの砲兵隊は当代屈指の強力な部隊で、マルティン・メルツ Martin Merz などの専門家がプファルツに仕えていた。騎兵は今なおレーン制によって動員された貴族によって構成されており、クライヒガウなどの下級貴族たちがプファルツの騎兵として活躍した。フリードリヒ一世は、農民・市民の召集軍を除いて、およそ一五〇〇〇の兵力を擁し、その約五分の一がレーン軍であった。このようなかなりよく整った軍が、彼の軍事的成功を支えたのである。

ランズフート継承戦争に際してのプファルツの軍備は、一五〇四年の動員台帳 Reißbuch から知られる[129]。これは、このときプファルツが領内から動員した兵力、および臨時に雇い入れるなどした兵力の記録であり、またプファルツ側お

よび敵側のフェーデ宣告状 Fehdebriefe もあわせて収録している。後述するように狭義の領邦支配に限定されず幅広く展開していたレーン関係により動員された下級貴族らの兵力の他に、傭兵や、約六〇〇〇人の農村・都市からの動員が記録されている。

このように、一六世紀初頭の時点では、ライン宮中伯の軍事力は封建騎士軍だけでなく、より多様な要素を含むものとなっていた。もっとも、そこでもなお領邦を越える範囲から集まった貴族たちがプファルツ軍を構成したことには注意が必要であり、広い影響圏をかかえたプファルツの覇権的地位の反映をそこに見ることができるのである。

## （六）領邦立法

中世後期ドイツの諸領邦では、領邦君主による立法活動も展開され始める[130]。既に詳しく論じた支配相続関係の規制を別にすれば、ライン宮中伯の領邦立法が活発になるのは、他の多くの領邦と同様、一五世紀後半からのことである[131]。これも前述した宮廷裁判所条令の他は、対象分野としては経済関係の立法が中心であったが、他に奢侈立法や相続関係の立法もなされた。

例としては、一四六五年のハイデルベルク市についての都市条令があるが[132]、その経済生活関係の内容は、一四七五年のフリードリヒ一世の価格統制法で全支配領域に広げられた。また一四六五年のノイシュタット市についての奢侈条令も伝わっている[133]。その他、賭博禁止などを定めた条令も、やはり一四六五年に出されている[134]。相続については、一四八四年に代襲相続を認める立法が出されたが、これはローマ法の ius representationis を承認するものであった[135]。

このように、プファルツにおける領邦立法は、中央における裁判所や財務役職の整備などとともに、ようやく一五世

紀後半になって目に見えて進展し、そのまま近世の立法活動へと接続していくのである。

（1）中世後期ドイツの領邦における宮廷所在地Residenz形成について、一般的には、Ernst Schubert, Fürstliche Herrschaft und Territorium im späten Mittelalter (Enzyklopädie Deutscher Geschichte, Bd. 35), München 1996, S. 77 ff. 先駆的研究として、Hans Patze, Die Bildung der landesherrlichen Residenzen im Reich während des 14. Jahrhunderts, in: Wilhelm Rausch (Hg.), Stadt und Stadtherr im 14. Jahrhundert. Entwicklungen und Funktionen, (Beiträge zur Geschichte der Städte Mitteleuropas 2), Linz 1972, S. 1-54 (Peter Johanek u. a. (Hg.), Ausgewählte Aufsätze von Hans Patze, (Vorträge und Forschungen, Bd. 50), S. 729-788 にも収録); Ders. und Gerhard Streich, Die landesherrlichen Residenzen im spätmittelalterlichen deutschen Reich, in: BDLG 118 (1982), S. 205-220 (P. Johanek, a. a. O., S. 789-805 にも収録). 国王および諸侯のResidenzのハンドブックとして、Werner Paravicini (Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Ein dynastisch-topographisches Handbuch. Teilbd. 2: Residenzen, (Residenzenforschung, Bd. 15. I), Ostfildern 2003. 問題群の概観として、Andreas Ranft, Residenz und Stadt, in: Werner Paravicini (Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Bilder und Begriffe. Teilbd. 1: Begriffe, (Residenzenforschung, Bd. 15. II), Ostfildern 2005, S. 27-32 および Jörg Wettlaufer, Zwischen Konflikt und Symbiose. Überregionale Aspekte der spannungsreichen Beziehung zwischen Fürstenhof und Stadt im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit, in: W. Paravicini u. Ders., (Hg.), Der Hof und die Stadt. Konfrontation, Koexistenz und Integration in Spätmittelalter und früher Neuzeit, (Residenzenforschung, Bd. 20), Ostfildern 2006, S. 19-33. 個別研究としては、Ebenda 所収の諸論文および Jan Hirschbiegel u. a. (Hg.), Städtisches Bürgertum und Hofgesellschaft. Kulturen integrativer und konkurrierender Beziehungen in Residenz- und Hauptstädten vom 14. bis ins 19. Jahrhundert, (Residenzenforschung, Bd. 25), Ostfildern 2012 所収の諸論文の他、例えば、Konrad Amann, Die landesherrliche Residenzstadt Passau im spätmittelalterlichen deutschen Reich, (Residenzenforschung, Bd. 3), Sigmaringen 1992; Dieter Kerber, Herrschaftsmittelpunkte im Erzstift Trier. Hof und Residenz im späten Mittelalter,

(Residenzenforschung, Bd. 4), Sigmaringen 1995; Christian LACKNER, Hof und Herrschaft. Rat, Kanzlei und Regierung der österreichischen Herzöge (1365-1406), (Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsbd. 41), Wien/München 2002, S. 179-217. 他に論文集として、Peter JOHANEK (Hg.), Vorträge und Forschungen zur Residenzfrage, (Residenzenforschung, Bd. 1), Sigmaringen 1990; Klaus NEITMANN und Heinz－Dieter HEIMANN (Hg.), Spätmittelalterliche Residenzbildung in gesitlichen Territorien Mittel- und Nordostdeutschlands, (Studien zur brandenburgischen und vergleichenden Landesgeschichte, Bd. 2), Berlin 2009. 今日のドイツ語圏外での Residenz 形成については、Hans PATZE und Werner PARAVICINI (Hg.), Fürstliche Residenzen im spätmittelalterlichen Europa, (Vorträge und Forschungen, Bd. 36), Sigmaringen 1991. 近世・近代まで含めて、Volker PRESS (Hg.), Südwestdeutsche Bischofsresidenzen außerhalb der Kathedralstädte, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg, Reihe B: Forschungen, Bd. 116), Stuttgart 1992; Kurt ANDERMANN (Hg.), Residenzen. Aspekte hauptstädtischer Zentralität von der frühen Neuzeit bis zum Ende der Monarchie, (Oberrheinische Studien, Bd. 10), Sigmaringen 1992. 中世後期の神聖ローマ帝国における Residenz 形成について、日本の研究としては、千葉徳夫「中世後期テューリンゲンにおける建設都市について―ヴァイマルを中心として―」『法律論叢』五九巻五・六号（一九八七年）五一－九六頁、同「中世末－近世の宮廷所在都市ヴァイマル」『社会科学研究』（明治大）一八巻二号（一九九〇年）一九五－二一九頁、薩摩秀登「帝国の「中心都市」プラハ」『一橋論叢』一一〇巻四号（一九九三年）六五五－六六七頁。

（2）Meinrad SCHAAB, Die Entstehung des pfalzgräflichen Territoriums am unteren Neckar und die Anfänge der Stadt Heidelberg, in: ZGO 106 (1958), S. 233-276, S. 253-276; DERS., Die Anfänge Heidelbergs. Alte Zeugnisse und neue Befunde im Rahmen der stauferzeitlichen Stadtgenese in Südwestdeutschland, in: Eugen REINHARD und Peter RÜCKERT(Hg.), Staufische Stadtgründungen am Oberrhein, (Oberrheinische Studien, Bd. 15), Sigmaringen 1998, S. 185-212; Hermann EHMER, Heidelberg. Residenz der Pfälzer Kurfürsten bis 1720, in: Kurt ANDERMANN(Hg.), Residenzen（注1）, S. 297-321; Arnold SCHEUERBRANDT, Heidelbergs Aufstieg und Niedergang in kurpfälzischer Zeit. Gründung und Entwicklung von der „churfürstlichen Residenzstat“ zur „zweiten Haupt- und ehemaligen Residenzstadt“, in: Elmar MITTLER(Hg.), Heidelberg. Geschichte und Gestalt, Heidelberg 1996, S. 48-87; Johann KOLB, Heidelberg. Die Entstehung einer landesherrlichen

Residenz im 14. Jahrhundert, (Residenzforschung, Bd. 8), Sigmaringen 1999; Achim Wendt und Manfred Benner, Das Heidelberger Schloss im Mittelalter. Bauliche Entwicklung, Funktion und Geschichte vom 13. bis zum 15. Jahrhundert, in: Volker Rödel (Red.), Mittelalter. Der Griff nach der Krone. Die Pfalzgrafschaft bei Rhein im Mittelalter, Regensburg 2000, S. 165-181; Wolfgang von Moers -Messmer, Heidelberg und seine Kurfürsten. Die große Zeit der Geschichte Heidelbergs als Haupt- und Residenzstadt der Kurpfalz, Ubstadt－Weiher 2001, S. 11 ff.; Volker Rödel, Art. Heidelberg, in: Werner Paravicini(Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Ein dynastisch-topographisches Handbuch, Teilbd. 2: Residenzen, (Residenzenforschung, Bd.15. I ), Ostfildern 2003, S. 259-262.

（３）ヴィッテルスバッハ家の宮中伯への授封証書として伝わる最古の文書は、一二二五年にヴォルムス司教ハインリヒが宮中伯ルートヴィヒ一世、その妻アグネス、その子オットー二世に与えたものである。Meinrad Schaab (Hg.), Rüdiger Lenz (Bearb.), Ausgewählte Urkunden zur Territorialgeschichte der Kurpfalz 1156-1505, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg, Reihe A: Quellen, Bd. 41), Stuttgart 1998, Nr. 12, „... et vobis et successoribus dictis in feodum concedimus et assignamus ... castrum in Heidelberg cum burgo ipsius castri ...“. M. Schaab, Entstehung（注２）, S. 253 ff.; H. Ehmer, a. a. O.（注２）, S. 297.

（４）ハイデルベルクにはまず宮中伯の城が築かれたが、それに対して都市建設をいつの時点とするかは、現在まで結論を見ない。近年の考古学的調査結果などから一二一四年から一二二五年の間に都市建設がなされたとするAchim Wendt und Manfred Benner, 800 Jahre Heidelberg－Archäologische und bauhistorische Befunde zu den Anfängen der Stadt, in: ZGO 145 (1997), S. 15-60 に対して、M. Schaab, Anfänge（注２）, S. 191 ff. は、一二世紀中の建設の可能性をなお否定しない。

（５）遅くとも一二三〇年代後半にハイデルベルクの市民たちが発行した証書には、既に市の印章が付されている。M. Schaab, Entstehung（注２）, S. 272; Joachim Dahlhaus, Zu den ältesten Siegeln der Städte Heidelberg und Neustadt an der Weinstraße, in: ZGO 147 (1999), S. 113-143, S. 120. ハイデルベルクの都市としての立地条件については、M. Schaab, Entstehung（注２）, S. 255 ff.; Ders., Anfänge（注２）, S. 187 f. ハイデルベルクにおける都市と市民団体の発展史については、M. Schaab, Entstehung（注２）, S. 258 ff.; H. Ehmer, a. a. O.（注２）, S. 305 ff. 一二八七年には都市参事会 consules が史料に現れる。

（6）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 41 ff. コルプの調査によると、ハイデルベルクでの滞在回数三三四に対して、ゲルマースハイム Germersheim 四三、バッハラッハ Bacharach 三五、ノイシュタット Neustadt 二七などとなっている。なお、Ebenda, S. 42の表からは、ルードルフ一世（および後の国王ルートヴィヒ四世）までの宮中伯が主にバイエルンに滞在していたことも明らかである。しかし彼らの時代でも、ハイデルベルクはライン地方の支配拠点の中では最も頻繁に宮中伯が訪れていた地点であった。

（7）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 48 ff. この面ではハイデルベルクにおける証書発行数七一〇に対して、ゲルマースハイム七四、バッハラッハ五四、ノイシュタット三〇などとなっている。また、Ebenda, S. 49の表からは、ルードルフ一世（および後の国王ルートヴィヒ四世）までの宮中伯たちについて、やはり滞在頻度の面と同じ所見が得られる。

（8）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 57 ff. なお、ループレヒト一世が叙述史料などで Herzog von Heidelberg と呼ばれることがあったのは、彼のもとで著しく進展したハイデルベルクの Residenz 化を反映したものと見ることができよう。J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 88 f.

（9）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 79 f.; Richard Schröder und Carl Köhne (Bearb.), Oberrheinische Stadtrechte. 1. Abt.: Fränkische Rechte, Heidelberg 1895-1922, 5. Heft: Heidelberg, Mosbach, Neckargmünd, Adelsheim, S. 476.

（10）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 81 ff.; H. Ehmer, a. a. O.（注2）, S. 318 ff.

（11）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 63 ff.; H. Ehmer, a. a. O.（注2）, S. 307, R. Schröder－C. Köhne, a. a. O.（注9）, S. 473（宮中伯の都市条令 Stadtordnung）, Art. 3, „Kein burgermeister oder rathspersonen ohne Pfalz oder dero beamten vorwissen oder bewilligen nicht setzen oder entsetzen, Pfalz aber mag demselb, wann es sie gut dunkt, thun.“ なお Art. 5, „Kein ordnung und satzung ohne Pfalz vorwissen in der stadt zu machen.“ Ebenda, S. 473 ff.（市民側による都市条令遵守の約束）, Art. 3, „Wir verjehen ouch, daz wir nimmermer eweklichen keinen burgermeister nach ratherren in der stat zu Heydelberg gesetzen noch entzsetzen sollen noch enwollen an unsirs egnanten herren oder siner erben, ob er nit enwere, wiszen odir willen oder siner und siner erben gesworne amptlute von sinen oder siner erben wegen, ob er odir sine erben in lande nit erweren. ouch sal und mag unsir vorgenanter herre odir sine erben, ob er nit enwere, immerme ewicklichen uns die burgermeister und ratherren, die ignote zu Heydilberg sint oder hernach daselbez immerme werdent, setzen

und ensetzen, wan daz unserm egnanten herren odir sinen erben fuget und eben kumet oder in und sinen erben dez dunket, daz ez in odir irre herschefte nutze si.“

（12）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 56 f.

（13）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 70 ff. 旧市と新市（拡張部）は今後、単一の裁判所、シュルトハイス、都市参事会のもとに服し、新市の住民も旧市の住民と同様の諸権利を享受するものとされた。R. Schröder – C. Köhne, a. a. O.（注９）, S. 478 ff., Art. 5; M. Schaab – R. Lenz, a. a. O.（注３）, Nr. 88, Art. 5, „Und sol auch furbaz mee in der alten stat und in der nuwen stat ein gericht und ein schultheiß und ein rat sin und sollent die in der nuwen stat alle die recht, gnade und friheit glich haben als die habent, die in der alten stat geseßen sint, ane all geverde.“

（14）前述の文献の他、H. Ehmer, a. a. O.（注２）, S. 315 f.

（15）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 75 ff.; H. Ehmer, a. a. O.（注２）, S. 300 ff. いわゆる Ruprechtsbau の建設などが行われた。城の増築は一六世紀以降一層大規模に続けられていく。

（16）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 173 f.

（17）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 207; H. Ehmer, a. a. O.（注２）, S. 306.

（18）Werner Rösener, Die wirtschaftlichen Ressourcen der Fürstenhöfe: Die schwindende Bedeutung der Einnahmen aus den Kammergütern, in: Gerhard Fouquet u. a. (Hg.), Hofwirtschaft. Ein ökonomischer Blick auf Hof und Residenz in Spätmittelalter und früher Neuzeit, (Residenzenforschung, Bd. 21), Ostfildern 2008, S. 305-328, S. 313 ff.; Gabriel Zeilinger, Herrenspeise und Hofversorgung – Der Heidelberger Hof um 1500 als Haushaltsbetrieb, in: Ebenda, S. 475-485. この問題圏一般については、同論文集所収の諸論文の他、Werner Paravicini (Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Bilder und Begriffe. Teilbd. 1: Begriffe, (Residenzenforschung, Bd. 15. II), Ostfildern 2005, S. 33-115. を参照。

（19）W. Rösener, a. a. O.（注18）, S. 316 f.

（20）J. Kolb, a. a. O.（注２）, S. 107 ff.

（21）G. Zeilinger, a. a. O.（注18）, S. 477 ff. なお、一五〇八／〇九年にハイデルベルクの調理所書記 Küchenschreiber によって作成・提出された会計報告によれば、宮廷食材関係の出費は当時のプファルツ中央財政で使用可能な金額の九分の一を

占めていた。Ebenda, S. 481 ff.

(22) 概観として、Meinrad SCHAAB, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1: Mittelalter, Stuttgart 1988, S. 208 ff. ハイデルベルク宮廷において展開された学芸活動の諸分野については、Jan－Dirk MÜLLER (Hg.), Wissen für den Hof. Der spätmittelalterliche Verschriftungsprozeß am Beispiel Heidelberg im 15. Jahrhundert, (Münstersche Mittelalter-Schriften, Bd. 67), Münster 1994. 中世後期のプファルツ宮廷における文学活動と宮中伯による保護については、Martina BACKES, Das literarische Leben am kurpfälzischen Hof zu Heidelberg im 15. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Gönnerforschung des Spätmittelalters, (Hermaea. Germaninsitsche Forschungen, NF Bd. 68), Tübingen 1992 も参照。一九世紀から二〇世紀初めの文献としては、Karl HARTFELDER, Konrad Celtes und der Heidelberger Humanistenkreis, in: HZ 47 (1882), S. 14-36; DERS., Zur Gelehrtengeschichte Heidelbergs am Ende des Mittelalters, in: ZGO 45 (1891), S. 141-171; Jakob WILLE, Der Humanismus in der Pfalz, in: ZGO 62 (1908), S. 9-40. ドイツの人文主義について、より一般的には、Gerhard RITTER, Die geschichtliche Bedeutung des deutschen Humanismus, in: HZ 127 (1923), S. 393-453. ハイデルベルク大学と人文主義の関係については、Paul Oskar KRISTELLER, Scholastik und Humanismus an der Universität Heidelberg, in: Gundolf KEIL u. a. (Hg.), Der Humanismus und die oberen Fakultäten, Weinheim 1987, S. 1-20. 人文主義者コンラート・ケルティスと宮中伯フィリップ治下のハイデルベルクの人文主義との関係については、前記のハルトフェルダーの論文以外に、Lewis W. SPITZ, Conrad Celtis. The German Arch－Humanist, Cambride (Mass.), 1957, S. 45-54, Tibor KLANICZAY, Celtis und die sodalitas litteraria per Germaniam, in: August BUCK und Martin BIRCHER (Hg.), RESPUBLICA GUELPHERBYTANA. Wolfenbütteler Beiträge zur Renaissance- und Barockforschung, Festschrift für Paul RAABE, Amsterdam 1987, S. 79-105, S. 86 f. も参照。その他、本文で取り上げる以外の、ハイデルベルクで活動した人文主義者については、Wilhelm WATTENBACH, Samuel Karoch von Lichtenberg, ein Heidelberger Humanist, in: ZGO 28 (1876), S. 38-50; DERS., Werner von Themar, ein Heidelberger Humanist, in: ZGO 33 (1880), S. 1-101.

(23) 彼の死（一四七六年）に際しての遺贈から知られる。Gerhard KATTERMANN, Ein Büchervermächtnis des Kurfürsten Friedrich I. von der Pfalz, in: ZGO 89 (1937), S. 44-57.

(24) Jan－Dirk MÜLLER, Der siegreiche Fürst im Entwurf der Gelehrten. Zu den Anfängen eines höfischen Humanismus in

Heidelberg, in: August BUCK (Hg.), Höfischer Humanismus, Weinheim 1989, S. 17-50. また、Gerhard RITTER, Aus dem Kreise der Hofpoeten Pfalzgraf Friedrichs I. Mitteilungen aus vatikanischen Handschriften zur Charakteristik des Heidelberger Frühhumanismus, in: ZGO 38 (1923), S. 109-123; Henry J. COHN, The Early Renaissance Court in Heidelberg, in: European Studies Review 1 (1971), S. 295-322.

(25) Frank E. BARON, The Beginnings of German Humanism: The Life and Work of the Wandering Humanist Peter Luder (Ph. D. California, Berkeley), 1966, S. 8 ff. Peter Luder については、多くの関連史料を伴ったWilhelm WATTENBACH, Peter Luder, der erste humanistische Lehrer in Heidelberg, in: ZGO 22 (1869), S. 33-127 も参照。更に、DERS., Nachträgliches über Peter Ruder, in: ZGO 27 (1875), S. 95 -99. また、Eske BOCKELMANN (Hg.), Die Metrikvorlesung des Frühhumanisten Peter Luder, (GRATIA. Bamberger Schriften zur Renaissanceforschung, H. 14), Bamberg 1984; Rudolf KETTEMANN, Peter Luder (um 1415-1472). Die Anfänge der humanistischen Studien in Deutschland, in: Paul Gerhard SCHMIDT (Hg.), Humanismus im deutschen Südwesten. Biographische Profile, Sigmaringen 1993, S. 13-34; Jan－Dirk MÜLLER, Sprecher-Ich und Schreiber-Ich. Zu Peter Luders Panegyricus auf Friedrich d. S., der Chronik des Mathias von Kemnat und der Pfälzer Reimchronik des Michel Beheim, in: DERS. (Hg.), a. a. O.（注22）, S. 289-321, S. 293 ff. も参照。

(26) F. E. BARON, a. a. O.（注25）, S. 41 ff. Matthias von Ramung, Jodocus Eichmann, Stephan Hoest, Matthias von Kemnat との関係について、Ebenda, S. 48 ff., 75 ff., 84 ff. また、Wilfried BARNER, "Studia toto amplectenda pectore". Zu Peter Luders Programmrede vom Jahre 1456, in: A. BUCK u. M. BIRCHER (Hg.), a. a. O.（注22）, S. 227-251 も参照。

(27) F. E. BARON, a. a. O.（注25）, S. 80 ff.; R. KETTEMANN, a. a. O.（注25）, S. 28 ff.; Wilhelm WATTENBACH, Peter Luder's Lobrede auf Pfalzgraf Friedrich den Siegreichen, in: ZGO 23 (1871), S. 21 -38; DERS., Zu Peter Luder's Lobrede auf Pfalzgraf Friedrich den Siegreichen, in: ZGO 33 (1880), S. 439. Matthias von Kemnat によるドイツ語訳については、Karl Maria BAUMGARTEN, Laudes palacii et palatini. Deutsche Lobrede auf Kurfürst Friedrich I. von der Pfalz, in: Römische Quartalschrift für christliche Altertumskunde und für Kirchengeschichte 1 (1887), S. 231-258. 宮廷で成立した君主のための称賛演説の事例として、Markus MÜLLER, Lobreden, in: Werner PARAVICINI (Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Hof und Schrift. (Residenzenforschung, Bd. 15. Ⅲ), Ostfildern 2007, S. 505-511.

（28）F. E. Baron, a. a. O.（注25）, S. 94 ff.

（29）Veit Probst, Petrus Antonius de Clapis (ca. 1440-1512). Ein italienischer Humanist im Dienste Friedrich des Siegreichen von der Pfalz, (Veröffentlichungen des Historischen Instituts der Universität Mannheim, Bd. 10), Paderborn u. a. 1989, S. 6 ff. ペトルスについては、また、Gerhard Ritter, Petrus Antonius Finariensis, der Nachfolger Peter Luders in Heidelberg. Ein Beitrag zur Geschichte des Frühhumanismus am Oberrhein, in: Archiv für Kulturgeschichte 26 (1936), S. 89-103; Guido Kisch, Petrus Antonius Finariensis' Lobrede auf Basel, in: Ders., Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz. Neue Studien und Texte, Berlin 1969, S. 241-279 も参照。

（30）V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 19. この君主鑑の史料編纂として、V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 152 ff. またペトルスは、ハイデルベルクの宮廷に移った後、宮中伯の委託を受けて、ブルゴーニュ公シャルルおよびクレーフェ公ヨハンに献呈された君主鑑をも執筆した。史料編纂は、それぞれ、V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 177 ff., 213 ff. ペトルスの君主鑑については、Bruno Singer, Die Fürstenspiegel in Deutschland im Zeitalter des Humanismus und der Reformation. Bibliographische Grundlagen und ausgewählte Interpretationen: Jakob Wimpfeling, Wolfgang Seidel, Johann Sturm, Urban Rieger, (Humanistische Bibliothek, Reihe I: Abhandlungen, Bd. 34), München 1981, S. 67 ff. も参照。また中世後期の君主鑑の事例として、Sven Rabeler, Fürstenspiegel, in: W. Paravicini (Hg.), Hof und Schrift.（注27）, S. 329-346.

（31）V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 20 ff. ペトルスがプファルツ宮廷の関係者などと交わした書簡の史料編纂として、V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 109 ff.

（32）V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 40 ff. なお、ペトルスは、宮中伯フリードリヒ一世の死後、なお宮中伯フィリップのもとでしばらく仕えた後、一四八四年以後はマインツ大司教ベルトルト・フォン・ヘンネベルク Berthold von Henneberg のためにも働き、教皇インノケンティウス八世から教皇特使に任命されるなど、当時の帝国・教会政治で重要な役割を果たした。V. Probst, a. a. O.（注29）, S. 83 ff., 90 ff.

（33）L. W. Spitz, a. a. O.（注22）, S. 45-54; T. Klaniczay, a. a. O.（注22）, S. 86 ff.

（34）これらの君主鑑については、B. Singer, a. a. O.（注30）, S. 75 ff., 173 ff. そのうち、ルートヴィヒ五世に捧げられた Agatharchia の史料編纂として Ebenda, S. 229-249. ヴィムプフェリングについては、他に、Joseph Knepper, Jakob

Wimpfeling (1450-1528). Sein Leben und und seine Werke, (Erläuterungen und Ergänzungen zu Janssens Geschichte des deutschen Volkes, Bd. 3, H. 2-4), Freiburg 1902; Paul Adam, L'humanisme a Sélestat. L'ecole, les humanistes, la bibliotheque, Sélestat 1962, S. 37-50; Dieter Mertens, Jakob Wimpfeling (1450-1528). Pädagogischer Humanismus, in: P. G. Schmidt (Hg.), a. a. O.（注25）, S. 35-57; Markus Müller, Fürstenspiegel und Bischofsspiegel: der Beitrag Jakob Wimpfelings, in: Sven Lembke und Ders. (Hg.), Humanisten am Oberrhein. Neue Gelehrte im Dienst alter Herren, (Schriften zur süddeutschen Landeskunde, 37), Leinfelden－Echterdingen 2004, S. 9-147 も参照。

（35）Stefan Rhein, Johannes Reuchlin (1455-1522). Ein deutscher >>uomo universale<<, in: P. G. Schmidt (Hg.), a. a. O.（注25）, S. 59-75, S. 66. ロイヒリンについては他に、Manfred Krebs (Hg.), Johannes Reuchlin 1455-1522. Festgabe seiner Vaterstadt Pforzheim zur 500. Wiederkehr seines Geburtstages, Pforzheim 1955; Markus Rafael Ackermann, Der Jurist Johannes Reuchlin (1455-1522), (Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 77), Berlin 1999.

（36）ルートヴィヒ・フォン・アストの人文主義への関心については、Frank E. Baron, a. a. O.（注25）, S. 12 ff. ハイデルベルク大学で教会法の博士学位を取得し、後にシュパイアー司教となったラムングと人文主義の関係については、Maximilian Buchner, Die Stellung des kurpfälzischen Kanzlers und Speierer Bischofs Mathias Ramung (†1478) zum geistigen Leben seiner Zeit, in: Neue Heidelberger Jahrbücher 16 (1910), S. 81-94, S. 88 ff. を参照。また、Ders., Ein Jugendgedicht Jakob Wimpfelings auf Bischof Mathias Ramung von Speier. Beitrag zur Geschichte des Humanismus in Heidelberg, in: ZGO 61 (1907), S. 478-485 も参照。

（37）マティアス・フォン・ケムナートの歴史叙述とその機能に関しては、Birgit Studt, Fürstenhof und Geschichte. Legitimation durch Überlieferung, (Norm und Struktur, Bd. 2), Köln u. a. 1992. また、Dies., Überlieferung und Interesse. Späte Handschriften der Chronik des Matthias von Kemnat und die Geschichtsforschung der Neuzeit, in: Kurt Andermann (Hg.), Historiographie am Oberrhein im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit, (Oberrheinische Studien, Bd. 7), Sigmaringen 1988, S. 275-308 も参照。宮廷およびその周辺で成立した歴史叙述一般に関しては、Dies, Hofgeschichtsschreibung, in: W. Paravicini (Hg.), Hof und Schrift（注27）, S. 373-390.

（38）B. Studt, Fürstenhof（注37）, S. 372-421. マティアス・フォン・ケムナートの年代記のテクストは、Konrad Hofmann (Hg.),

Matthias von Kemnat, Chronik Friedrichs I., in: Quellen zur Geschichte Friedrichs I des Siegreichen Kurfürsten von der Pfalz, Bd. 1, S. 1-141, Bd. 2, S. 304-315, (Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Bd. 2, 3), München 1862-63 (ND Aalen 1969).

（39）プファルツ宮廷における音楽活動については、Gerhard Pietzsch, Quellen und Forschungen zur Geschichte der Musik am kurpfälzischen Hof zu Heidelberg bis 1622, (Akademie der Wissenschaft und der Literatur, Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse, Jg. 1963, Nr. 6), Heidelberg 1963, S. 583-763. 特にループレヒト一世以降の宮中伯の教養および音楽とのかかわりについては、Ebenda, S. 618 ff.

（40）この結婚式については、Maximilian Buchner, Die Amberger Hochzeit (1474). Ein Beitrag zur politischen und kulturellen Geschichte des ausgehenden Mittelalters, in: ZGO 64 (1910), S. 584-604, 65 (1911), S. 95-127. なお、この結婚の前に、フィリップとブルゴーニュ公シャルルの娘マリアとの婚姻が企てられていたことは、フリードリヒ一世のもとでプファルツが帝国政治のみならず、ヨーロッパ政治上の主要アクターの一角を占めていたことを示している。M. Buchner, ZGO 64, S. 590 ff.

（41）この宮廷条令については、Ellen Widder, Der Amberger Hof 1474. Entstehung und Funktion der ältesten kurpfälzischen Hofordnung, in: Dies. u. a., (Hg.), Manipulus florum. Aus Mittelalter, Landesgeschichte, Literatur und Historiographie. Festschrift für Peter Johanek zum 60. Geburtstag, Münster u. a. 2000, S. 271-305. 条令の史料刊本は、Ebenda, S. 296-305. 中世後期・近世ドイツの宮廷条令については、論文集 Holger Kruse und Werner Paravicini (Hg.), Höfe und Hofordnungen 1200-1600, (Residenzenforschung, Bd. 10), Sigmaringen 1999 の他、Ellen Widder, Hofordnungen, in: W. Paravicini (Hg.), Hof und Schrift（注27）, S. 391-407（S. 396-405 に、やはり一四七四年の宮廷条令のエディションがある）; Dietmar Willoweit, Hofordnungen als Zeugnisse des Rechtsdenkens, in: Reinhardt Butz u. a. (Hg.), Hof und Theorie. Annäherungen an ein historisches Phänomen, (Norm und Struktur. Studien zum sozialen Wandel in Mittelalter und früher Neuzeit, Bd. 22), Köln u. a. 2004, S. 165-178. 多くの領邦において、他の分野の立法と同様、宮廷条令立法の盛期は一六世紀であった。Ebenda, S. 165 ff. 個別領邦の宮廷条令については、例えば、Klaus Flink (Bearb.), Die klevischen Hofordnungen, (Rechtsgeschichtliche Schriften, Bd. 9), Köln u. a. 1997.

（42）ハイデルベルク大学については、M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 120 ff., 186 f.; Gerhard Ritter, Die Heidelberger

Universität. Ein Stück deutscher Geschichte, Bd. 1: Das Mittelalter (1386-1508), Heidelberg 1936; Hermann Weisert, Die Verfassung der Universität Heidelberg. Überblick 1386-1952, (Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch－historische Klasse, Jg. 1974, 2. Abhandlung), Heidelberg 1974; Eike Wolgast, Die kurpfälzische Universität 1386-1803, in: Wilhelm Doerr (Hg.), Semper apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht－Karls－Universität Heidelberg 1386-1986, Bd. 1: Mittelalter und frühe Neuzeit 1386-1803, Berlin u. a. 1985, S. 1-70; E. Wolgast, Die Universität Heidelberg 1386-1986, Berlin u. a. 1986; Peter Moraw, Heidelberg. Universität, Hof und Stadt im ausgehenden Mittelalter, in: Bernd Möller u. a. (Hg.), Studien zum städtischen Bildungswesen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse. 3. Folge, 137), Göttingen 1983, S. 524-552, (Ders., Gesammelte Beiträge zur deutschen und europäischen Universitätsgeschichte. Strukturen－Personen－Entwicklungen, (Education and Society in the Middle Ages and Renaissance, 31), Leiden u. a. 2008, S. 295-329 にも収録されている); Dietmar Willoweit, Das juristische Studium in Heidelberg und die Lizentiaten der Juristenfakultät von 1386 bis 1436, in: W. Doerr, a. a. O., S. 85-135; Enno Bünz, Die Universität zwischen Residenzstadt und Hof im späten Mittelalter. Wechselwirkung und Distanz, Integration und Konkurrenz, in: J. Hirschbiegel u. a. (Hg.), Städtisches Bürgertum（注1）, S. 229-253, S. 249 ff. 中世後期の神聖ローマ帝国における大学に関する日本の研究として、島田雄次郎『ヨーロッパ大学史研究』（一九六七年　未来社）七－九四頁、別府昭郎『ドイツにおける大学教授の誕生』（一九九八年　創文社）二三－八二頁、浅野啓子「中世後期ボヘミアの教会改革運動とプラハ大学」浅野啓子・佐久間弘展編著『教育の社会史　ヨーロッパ中・近世』（二〇〇六年　知泉書館）三一－六一頁、浅野啓子「一四－一五世紀チェコにおけるフス派大学教師と王権」森原隆編『ヨーロッパ・エリート支配と政治文化』（二〇一〇年　成文堂）二六〇－二七九頁。

（43）設立に至る状況と経過について、H. Weisert, a. a. O.（注42）, S. 19 f.; E. Wolgast, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 1 ff.

（44）Eduard Winkelmann (Hg.), Urkundenbuch der Universität Heidelberg, Bd. 1: Urkunden, Heidelberg 1886, Nr. 2; M. Schaab－R. Lenz, a. a. O.（注3）, Nr. 79.

（45）一三八六年一〇月に、宮中伯ループレヒト一世は、大学の組織、教師と学生に与えられる保護と安全通行権、市内の家賃、流通税の免除、教師と学生に対する裁判手続などに関して、特権状を発行した。E. WINKELMANN, a. a. O.（注44）, Nr. 4-9.

（46）D. WILLOWEIT, Studium（注42）, S. 120 f.; P. MORAW, Heidelberg（注42）, S. 525.

（47）E. WINKELMANN, a. a. O.（注44）, Nr. 1, 3.

（48）既に教皇の設立特権状がパリと同様の教育活動および特権を保証していた。E. WINKELMANN, a. a. O.（注44）, Nr. 2, „... ut in dicta villa decetero sit studium generale ad instar Parisiensis illudque perpetuis temporibus inibi vigeat tam in theologia et iuris canonici quam alia qualibet licita facultate, quodque legentes et studentes ibidem omnibus privilegiis libertatibus et immunitatibus, concessis magistris in theologia ac doctoribus legentibus et studentibus commorantibus in studio generali Parisiensi, gaudeant et utantur ...". また一三八六年一〇月の宮中伯ループレヒト一世の特権状もパリ大学がフランス王から享受しているのと同様の特権を認めた。Ebenda, Nr. 5, "Insuper omnes et singulos dictos magistros et scolares presentes advenientes et recedentes in omnibus districtibus nobis subiectis omnibus et singulis privilegiis et franchisiis, libertatibus et immunitatibus volumus gaudere, quantum consuetudo patrie hoc tollerare potest, quibus magistri et scolares in universitate Parisiensi studentes per illustrissimos Francorum reges hactenus in regno Francie privilegiati exstiterunt."

（49）設立時の組織構想とその後の変化については、H. WEISERT, a. a. O.（注42）, S. 20 ff.; E. WOLGAST, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 3-5.

（50）E. WINKELMANN, a. a. O.（注44）, Nr. 46,

（51）Eduard WINKELMANN (Hg.), Urkundenbuch der Universität Heidelberg, Bd. 2: Regesten, Heidelberg 1886, Nr. 182, 183.

（52）H. WEISERT, a. a. O.（注42）, S. 40 ff.; E. WOLGAST, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 5-7.

（53）P. MORAW, Heidelberg（注42）, S. 529.

（54）E. WOLGAST, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 16. もっとも、それ以前から、ヨブ・フェーナー Job Vener などイタリアでローマ法を学んだ学識法曹が、プファルツ宮廷に仕えたことについて、P. MORAW, Heidelberg（注42）, S. 531 ff.

（55）E. WOLGAST, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 9f., 19.

（56）E. Wolgast, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 12 f.; P. Moraw, Heidelberg（注42）, S. 543.

（57）ハイデルベルク市民の中からも、中・上層階層出身者を中心に、多くの学生がハイデルベルク大学で学んだことについては、P. Moraw, Heidelberg（注42）, S. 541 ff. を参照。

（58）ハイデルベルク大学では、創設時のマルシリウス・フォン・インゲン以来まず名目論（いわゆる via moderna）が教えられていたが、その後一四四〇年代から実在論（いわゆる via antiqua）を奉じる教師が登場し、両派の間で激しい対立が起きていた。この対立と一四五二年のフリードリヒ一世の大学改革について、H. Weisert, a. a. O.（注42）, S. 46 ff.; E. Wolgast, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 13 ff.; E. Winkelmann, a. a. O.（注44）, Nr. 109. その後の宮中伯たちによる大学への介入について、H. Weisert, a. a. O.（注42）, S. 48 ff.

（59）P. Moraw, Heidelberg（注42）, S. 530f.; D. Willoweit, Studium（注42）, S. 124.

（60）ハイデルベルク大学と人文主義との関係について、E. Wolgast, Die kurpfälzische Universität（注42）, S. 17. ペーター・ルーダーと大学との関係について、R. Kettemann, a. a. O.（注25）, S. 25 ff.

（61）中世後期ドイツの諸領邦におけるアムト制と地方行財政の発達について、一般的には、Dietmar Willoweit, Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: Kurt G. A. Jeserich u. a. (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd.1: Vom Spätmittelalter bis zum Ende der Reiches, Stuttgart 1983, S. 66-143, とりわけ S. 92-104; E. Schubert, a. a. O.（注1）, S. 14 ff. 領邦間の比較プロソポグラフィー研究として重要なのが、Christian Hesse, Amtsträger der Fürsten im spätmittelalterlichen Reich. Die Funktionseliten der lokalen Verwaltung in Bayern－Landshut, Hessen, Sachsen und Württemberg 1350-1515, (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 70), Göttingen 2003. 近世への展開については、Wilhelm Janssen, Neue Wege und Formen territorialer Verwaltung am Niederrhein im Übergang zur frühen Neuzeit, in: Rhvjbll 58 (1994), S. 133-148. 西南ドイツを対象とした、地方末端における支配関係と近世的支配の形成を扱ったモノグラフとして、Thomas Simon, Grundherrschaft und Vogtei. Eine Strukturanalyse spätmittelalterlicher und frühneuzeitlicher Herrschaftsbildung, (Ius Commune, Sonderhefte 77), Frankfurt a. M. 1995.

（62）一四世紀末までのプファルツ支配の拡大については、Meinrad Schaab, Die Festigung der pfälzischen Territorialmacht

im 14. Jahrhundert, in: Hans PATZE (Hg.), Der deutsche Territorialstaat im 14. Jahrhundert, Bd. 2, (Vorträge und Forschungen, Bd. 14), Sigmaringen 1971, S. 171-197, S. 177 ff.; DERS., Geschichte（注22）, S. 80 ff., 104 ff.; DERS., Kurpfalz, in: DERS und Hansmartin SCHWARZMAIER (Hg.), Handbuch der Baden-Württembergischen Geschichte, Bd. 2: Die Territorien im alten Reich, Stuttgart 1995, S. 247-333, S. 256 ff. を参照。

（63）A. SCHÄFER, Bretten（注102）, S. 84.

（64）RPR, 1, Nr. 3070, 3098, 3175; M. SCHAAB, Festigung（注62）, S. 177, 185.

（65）RPR, 1, Nr. 3916, 3928. Ladenburg に対しては、ライン宮中伯とヴォルムス司教が半分ずつ支配権を持つこととなった。RPR, 1, Nr. 4620.

（66）M. SCHAAB, Festigung（注62）, S. 177.

（67）この分野に関して、中世後期ドイツの領邦一般については、E. SCHUBERT, a. a. O.（注1）, S. 61 ff.

（68）宮中伯の地方行財政の発展については、Henry J. COHN, The Government of the Rhine Palatinate in the Fifteenth Century, Oxford 1965, S. 235 ff.; M. SCHAAB, Festigung（注62）, S. 191 ff.; DERS., Geschichte（注22）, S. 118 f., 189 ff., 207. 個別のオーバーアムト Oberamt については、Daniel HÄBERLE, Das Reichsland bei Kaiserslautern, Kaiserslautern 1907; Wilhelm FABRICIUS, Das Pfälzische Oberamt Simmern, in: Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst 28 (1909), S. 70-131; Eugen SCHMIDTBORN, Zur Geschichte des kurpfälzischen Oberamts Bacharach, (Diss. phil. Marburg), Marburg 1913; Theodor KARST, Neustadt als linksrheinisches Zentrum pfalzgräflich-kurpfälzischer Herrschaft und Verwaltung, in: K.－P. WESTRICH, Neustadt（注102）, S. 139-170; A. SCHÄFER, Bretten（注102）, S. 135 ff.; Sigrid SCHMITT, Territorialstaat und Gemeinde im kurpfälzischen Oberamt Alzey, Vom 14. bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts, (Geschichtliche Landeskunde, Bd. 38), Stuttgart 1992（一六世紀を中心にしたモノグラフ）；オーバーアムト・ゲルマースハイム Oberamt Germersheim については、Joseph PROBST, Geschichte der Stadt und Festung Germersheim, Speyer 1898, S. 265 ff. 更に下のレベルの地方行財政についての個別研究として、Rüdiger LENZ, Kellerei und Unteramt Dilsberg. Entwicklung einer regionalen Verwaltungsinstanz im Rahmen der kurpfälzischen Territorialpolitik am unteren Neckar, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden－Württemberg, Reihe B: Forschungen, Bd. 115), Stuttgart 1989

が、やはり主に近世の状態を中心に検討している。

(69) M. Schaab, Entstehung（注2）, S. 255, 263 f.; Siegfried Hofmann, Urkundenwesen, Kanzlei und Regierungssystem der Herzöge von Bayern und Pfalzgrafen bei Rhein von 1180 bzw. 1214 bis 1255 bzw. 1294, (Münchener Historische Studien, Abteilung Geschichtliche Hilfswissenschaften, Bd. 3), Kallmünz 1967, S. 32 f.

(70) S. Hofmann, a. a. O.（注69）, S. 31.

(71) S. Hofmann, a. a. O.（注69）, S. 31 f.

(72) S. Hofmann, a. a. O.（注69）, S. 103 f.

(73) Alfons Sprinkart, Kanzlei, Rat und Urkundenwesen der Pfalzgrafen bei Rhein und Herzöge von Bayern 1294 bis 1314 (1317). Forschungen zum Regierungssystem Rudolfs I. und Ludwigs IV., (Forschungen zur Kaiser-und Papstgeschichte des Mittelalters. Beiheft zu J. F. Böhmer, Regesta Imperii, Bd. 4), Köln/Wien 1986, S. 222 ff.

(74) A. Sprinkart, a. a. O.（注73）, S. 235 ff.

(75) A. Sprinkart, a. a. O.（注73）, S. 243 ff.

(76) Joachim Spiegel, Urkundenwesen, Kanzlei, Rat und Regierungssystem des Pfalzgrafen bei Rhein und Herzogs von Bayern Ruprecht I. (1309-1390), 2 Teile, Neustadt an der Weinstraße 1996, T. 1, S. 350 ff.

(77) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 353 ff.

(78) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 367 ff.

(79) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 366 f.

(80) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 389 ff.

(81) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 474 ff. ゲルマースハイムのフォークトについては、J. Probst, Germersheim（注68）, S. 302 f. ジッキンゲン Sickingen、ヒルシュホルン Hirschhorn、リンデンフェルス Lindenfels、ナイペルグ Neipergg、ゲミンゲン Gemmingen などの下級貴族家門出身者がフォークトになっている。

(82) J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 393 ff.; M. Schaab, Festigung（注62）, S. 192. 一五世紀中葉以降、ゲルマースハイムでも地方書記 Landschreiber が史料に現れる。J. Probst, Germersheim（注68）, S. 308.

（83）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 187 f.; M. Schaab, Festigung, S. 192.

（84）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 136 ff. ただし、残っている史料は上プファルツ関係のものが比較的多い。

（85）J. Kolb, a. a. O.（注2）, S. 142 f., 147. ヴィッツトゥーム、フォークトなどと税関書記 Zollschreiber らとのこのような違いは、前者が現地で多くの出費を自らなす必要があったのに対して、後者にはその必要性が小さかったことによるのであろう。

（86）ライン宮中伯の城塞政策の概観として、M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 109 f.

（87）J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 413 ff.

（88）M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 114.

（89）J. Spiegel, a. a. O.（注76）, T. 1, S. 436 ff.

（90）M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 187 ff.; Ders., Kurpfalz（注62）, S. 276 ff.

（91）以下、M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 192, 207; H. J. Cohn, a. a. O.（注68）, S. 235 ff.; S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 9.

（92）具体的に例えば、オーバーアムト・アルツァイにおける地方書記職の発展について、S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 13. なお、そこで農民に課されたさまざまな負担については、Ebenda, S. 139 ff.

（93）このような政策の結果成立した村落裁判所の一六世紀における状態については、S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 117 ff.

（94）例えば、アルツァイ近くのオストホーフェン Osthofen において、プファルツが体僕支配 Leibherrschaft を手掛かりに、裁判支配の半分を有したマインツ大司教の影響力を空洞化していったことについて、S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 94 ff.

（95）S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 114.

（96）オーバーアムト・アルツァイにおける領邦支配下の土地領主支配について、S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 161 ff.

（97）やはりオーバーアムト・アルツァイにおける具体例（農村ゲマインデの組織、経済活動、社会構造）として、S. Schmitt, Territorialstaat（注68）, S. 228 ff.

(98) ツェント裁判所およびその基礎となったツェントについては、さしあたり、Gerhard THEUERKAUF, Art. Zent, in: HRG, 1. Aufl., Berlin 1998, Sp. 1663 f.; DERS., Art. Zentgericht, in: HRG, 1. Aufl., Berlin 1998, Sp. 1664 f. を参照。

(99) Fritz ZIMMERMANN, Die Weistümer und der Ausbau der Landeshoheit in der Kurpfalz, (Historische Studien, H. 311), Berlin 1937, S. 23 ff. Odenwald の Affolterbach, Waldmichelbach、Bergstraße の Landberg, Sachsenheim、Neckar 流域の Reichartshausen, Neckargmünd の各 Zent において法判告がなされ、公証人によって記録された。Carl BRINKMANN (Bearb.), Reichartshauser und Meckesheimer Zent, (Badische Weistümer und Dorfordnungen, 1. Abt. Pfälzische Weistümer und Dorfordnungen, H. 1), Heidelberg 1917, Nr. 3 (Reichartshausen); Karl KOLLNIG (Bearb.), Die Weistümer der Zent Schriesheim, (Badische Weistümer und Dorfordnungen, Bd. 2), (Veröffentlichungen der Kommission für Geschichtliche Landeskunde in Baden－Württemberg, Reihe A: Quellen, Bd. 16), Stuttgart 1968, S. 10 ff., Art. 1, „Wir bekennen, sprechen und wysen hutzutage ja unserm gnedigen hern, herzog Ludwigen, obersten vogt und hern des landgerichtes, und das er uff und in derselben zent zu gebieten und zu verbieten und auch buß, hoe und nider, zu machen hat.“ (Sachsenheim), S. 293 (Neckargmünd).

(100) F. ZIMMERMANN, a. a. O.（注99）, S. 41 ff., 65 ff., 70 ff., 77 ff. 例えば、プファルツとマインツの間で争われていた Schriesheim の Zentallmend の支配権は、一四四九年の法判告でプファルツ側にあることが宣言された。K. KOLLNIG, a. a. O.（注99）, S. 36 ff., Art. 2, „Da wysen wir, das unser genediger herr, der pfalzgrave, oberster faut und herr sy, die alman zu beschirmen und schuern dem land und armen lutten, die recht darin han.“ なお、ライン宮中伯の支配下に入ったライン右岸の Zent およびその管轄区域における法判告の史料刊本として、上記の他に、Karl KOLLNIG (Bearb.), Die Weistümer der Zent Kirchheim, (Badische ..., Bd. 3), (Veröffentlichungen ... Bd. 29), Stuttgart 1979; DERS., (Bearb.), Die Weistümer der Zenten Eberbach und Mosbach, (Badische ..., Bd. 4), (Veröffentlichungen ..., Bd. 38), Stuttgart 1985. 法判告 Weistümer の研究史および概念規定については、さしあたり、S. SCHMITT, Territorialstaat（注68）, S. 26 ff.; Werner RÖSENER, Einführung in die Agrargeschichte, Darmstadt 1997, S. 48 -55 およびそこに挙げられた文献を参照。

(101) 中世後期ドイツ領邦における都市の意義について、一般的には、E. SCHUBERT, a. a. O.（注1）, S. 73 ff. 日本語文献として、千葉徳夫「中世後期」（注1）。

(102) 宮中伯の都市統治については、M. SCHAAB, Geschichte（注22）,, S. 110 ff.; Sigrid SCHMITT, Landesherr, Stadt und Bürgertum in der Kurpfalz des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in: Jürgen TREFFEISEN und Kurt ANDERMANN (Hg.), Landesherrliche Städte in Südwestdeutschland, (Oberrheinische Studien, Bd. 12), Sigmaringen 1994, S. 45-66. 以下の都市政策について、Ebenda, S. 47 ff. また最近のモノグラフとして、Christian REINHARDT, Fürstliche Autorität versus städtische Autonomie. Die Pfalzgrafen bei Rhein und ihre Städte 1449 bis 1618: Amberg, Mosbach, Nabburg und Neustadt an der Haardt, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden－Württemberg, Reihe B: Forschungen, Bd. 186), Stuttgart 2012. 宮中伯支配下の個々の都市に関しては、アルツァイについて、Ludwig PETRY, Alzey in der wittelsbachischen Politik, in: Friedrich Karl BECKER (Hg.), 1750 Jahre Alzey. Festschrift, Alzey 1973, S. 127-140; Klaus－Peter SCHRÖDER, Alzey. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung einer kurpfälzischen Stadt, in: Friedrich Karl BECKER (Hg.), 700 Jahre Stadt Alzey. Festschrift, Alzey 1977, S. 58-100. ノイシュタットについて、Pirmin SPIESS, Verfassungsentwicklung der Stadt Neustadt an der Weinstraße von den Anfängen bis zur französischen Revolution, (Veröffentlichungen zur Geschichte von Stadt und Kreis Neustadt an der Weinstraße, Schriftenreihe der Bezirksgruppe Neustadt im Historischen Verein der Pfalz 6), Speyer 1970; Klaus－Peter WESTRICH (Bearb.), Neustadt an der Weinstraße. Beiträge zur Geschichte einer pfälzischen Stadt, Neustadt an der Weinstraße 1975; Adalbert ERLER (Hg.), Der Oberhof zu Neustadt an der Weinstraße, (Frankfurter wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe, Bd. 23, 24), 2 Bde., Frankfurt a. M. 1968, 1971; Ch. REINHARDT, a. a. O., S. 42-68. カイザースラウテルンについて、Karl NIEDERHÖFER, Die Stadtordnung für Kaiserslautern zu Beginn des 15. Jahrhunderts. Ein Beitrag zum Recht der kurpfälzischen Territorialstädte, in: MHVP 74 (1976), S. 29-38. ゲルマースハイムについて、J. PROBST, Germersheim,（注68）. モスバッハについて、Ch. REINHARDT, a. a. O., S. 68-91. ヴァインハイムについて、John Gustav WEISS, Geschichte der Stadt Weinheim an der Bergstraße, Weinheim 1911; Fritz TRAUTZ, Die mittlere Stadt der deutschen Geschichte unter besonderer Berücksichtigung von Weinheim, in: Weinheimer Geschichtsblatt 23 (1955), S. 3-18. エーバーバッハについて、Hans Martin SCHWARZMEIER, Geschichte der Stadt Eberbach am Neckar bis zur Einführung der Reformation 1556, (Geschichte der Stadt Eberbach am Neckar, Bd. 1), Sigmaringen 1986, S. 79-180. ブレッテンについて、Alfons SCHÄFER,

Geschichte der Stadt Bretten von den Anfängen bis zur Zerstörung im Jahre 1689, (Oberrheinische Studien, Bd. 4), Karlsruhe 1978 とりわけ S. 95-195; DERS., (Bearb.), Urkunden, Rechtsquellen und Chroniken zur Geschichte der Stadt Bretten, Bretten 1967.

(103) RPR, 1, Nr. 943; Pirmin SPIESS, Das Privileg König Rudolfs von Habsburg vom 6. April 1275, in: Klaus－Peter WESTRICH, Neustadt（注102）, S. 91-106. 都市ノイシュタットの起源と初期史については、また、Hermann SCHREIBMÜLLER, Die ältesten Besitzer und der Name der Stadt Neustadt an der Haardt, in: Ebenda, S. 63-71; Karl Richard WEINTZ, Zur Entstehung von Neustadt an der Weinstraße, in: Ebenda, S. 73-76; Klaus－Peter SCHRÖDER, Überlegungen zur Gründung von Neustadt an der Weinstraße, in: Ebenda, S. 77-89 も参照。

(104) RPR, 1, Nr. 1011; Ludwig BAUR (Hg.), Hessische Urkunden, Bd. 2, ND Aalen 1979, Nr. 307; M. SCHAAB－R. LENZ, a. a. O.（注3）, Nr. 31; Georg Friedrich BÖHN, Die Alzeyer Stadtrechtsverleihung von 1277 in territorialgeschichtlicher Sicht, in: Friedrich Karl BECKER (Hg.), 1750 Jahre Alzey（注102）, S. 141-151; Albrecht ECKHARDT, König Rudolfs Stadtrechtsverleihung für Alzey vom 24. Oktober 1277. Mit einer vergleichenden Untersuchung der Freiungsprivilegien für Zwingenberg, Landau, Neustadt a. d. W., Braubach, Dieburg und Camberg (1274-1281) sowie andere Orte des mittelrheinischen Raumes, in: Friedrich Karl BECKER (Hg.), 700 Jahre Stadt Alzey（注102）, S. 32-57.

(105) RPR, 1, Nr. 2952; その意義について、M. SCHAAB, Festigung（注62）, S. 179.

(106) アルツァイの城とブルクマンについては、Karl－Heinz SPIESS, Burg, Burggraf und Burgmannschaft im spätmittelalterlichen Alzey, in: F. K. BECKER (Hg.), 700 Jahre Stadt Alzey（注102）, S. 106-115. アルツァイでは城の意義をも反映して、一四世紀の六〇年代以降、オーバーアムトの責任者のタイトルとして、ヴィッツトゥームに代わってブルクグラーフが用いられた。Ebenda, S. 109 f. また S. SCHMITT, Territorialstaat（注68）, S. 11も参照。

(107) S. SCHMITT, Landesherr（注102）, S.56 ff. ノイシュタットにおける宮中伯の支配権について、P. SPIESS, Verfassungsentwicklung（注102）, S. 34 ff. アムトの統括者たるフォークトおよび都市支配にあたるシュルトハイスの権限について、Ebenda, S. 53 ff. 市民団体について、Ebenda, S. 70 ff. また、DERS., Neustadter Ratsherren, Stadtschreiber und Schultheissen bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, in: K.－P. WESTRICH, a. a. O.（注102）, S. 107-138; アルツァイのシュル

トハイスとその裁判所については、K－P. SCHRÖDER, a. a. O.（注102）, S. 87 ff. また、アルツァイにおける市民自治に対する宮中伯支配の優位について、Ebenda, S. 83 f. ゲルマースハイムにおけるフォークトとシュルトハイスについては、J. PROBST, a. a. O.（注68）, S. 302 ff., 354 f. なお、ゲルマースハイムにも城塞とそのブルクマン団体が存在した。J. PROBST, a. a. O.（注68）, S. 23 ff.

(108) 宮中伯フィリップが一四九二年にブレッテンに与えた年市特権については、A. SCHÄFER, Bretten（注102）, S. 129 ff.

(109) S. SCHMITT, Landesherr（注102）, S. 52 ff.; Ch. REINHARDT, a. a. O.（注102）, S. 413 ff.; K－P. SCHRÖDER, a. a. O.（注102）, S. 73. なお、一四八九年には、宮中伯フィリップによって、ヴァインハイムにも同様の特権状が与えられた。

(110) S. SCHMITT, Landesherr（注102）, S. 61 f.; Ch. REINHARDT, a. a. O.（注102）, S. 417 f.; Pirmin SPIESS, Die Stadtordnung Philipps des Aufrichtigen für Neustadt aus dem Jahre 1493, in: MHVP 66 (1968), S. 197-305, S. 205 ff. この騒擾の後に宮中伯フィリップが定めた都市条令のテクストは、Ebenda, S. 215-284. この条令では、シュルトハイスや都市参事会でなく、アムトマンに多くの権限が与えられ、その意味で都市のアムト体制への組み込みが進展した。S. SCHMITT, Landesherr（注102）, S.64 f.

(111) S. SCHMITT, Landesherr（注102）, S. 63 f. 同じように、もともと国王都市で、質入れ等を経てプファルツ支配下に入ったモスバッハとカイザースラウテルンを、宮中伯がいかにして統合していったかについては、Christian REINHARDT, Die Integration der verpfändeten Reichsstädte Mosbach und Kaiserslautern in die Pfalzgrafschaft bei Rhein im 14. und 15. Jahrhundert, in: Kaiserslauterer Jahrbuch für pfälzische Geschichte und Volkskunde 5 (2005), S. 11-84. モスバッハが比較的すみやかに宮中伯のコントロール下に置かれたのに対して、カイザースラウテルンではプファルツ支配の強化に対する抵抗がしばしば見られ、宮中伯の方も慎重に行動していた。しかしカイザースラウテルンも含めて、一五世紀後半には、宮中伯と個々の都市との関係の統一化がすすめられ、ランズフート継承戦争では両都市とも本来のプファルツ領邦都市と同様に戦備を負担することとなった。

(112) 中世後期ドイツの領邦における、教会統治と教会政策について一般的には、E. SCHUBERT, a. a. O.（注1）, S. 38 ff.; D. WILLOWEIT, Entwicklung（注61）, S. 123, 129 f. プファルツに関しては、Richard LOSSEN, Staat und Kirche in der Pfalz im Ausgang des Mittelalters, (Vorreformationsgeschichtliche Forschungen 3), Münster 1907. また、M. SCHAAB, Geschichte（注22）, S. 112 ff., 185 f. その他の領邦については、例えば、Dieter STIEVERMANN, Landesherrschaft und Klosterwesen im

spätmittelalterlichen Württemberg, Sigmaringen 1989; Bernhard NEIDIGER, Das Dominikanerkloster Stuttgart, die Kanoniker vom gemeinsamen Leben in Urach und die Gründung der Universität Tübingen. Konkurrierende Reformansätze in der württembergischen Kirchenpolitik am Ausgang des Mittelalters, (Veröffentlichungen des Archivs der Stadt Stuttgart, Bd. 58), Stuttgart 1993; Manfred SCHULZE, Fürsten und Reformation. Geistliche Reformpolitik weltlicher Fürsten vor der Reformation, (Spätmittelalter und Reformation, Neue Reihe 2), Tübingen 1991.（一五世紀後半以降のヴェッティーン家 Wettiner の教会統治と教会政策。また、Ebenda, S. 13-45 におけるドイツ諸領邦の概観も参照。）

(113) 一三世紀末までについては、Gerhard SCHWERTL, Die Beziehungen der Herzöge von Bayern und Pfalzgrafen bei Rhein zur Kirche (1180-1294), (Miscellanea Bavarica Monacensia, H. 9), München 1968, S. 216 ff., 425 ff.

(114) G. SCHWERTL, a. a. O.（注113）, S. 425 ff.

(115) R. LOSSEN, a. a. O.（注112）S. 138 ff. 中世後期の宮中伯の教会統治については、また、ロッセンの研究にもとづくM. SCHULZE, a. a. O.（注112）, S. 20 ff. の記述も参照。

(116) RPR, 1, Nr. 3997 (1372. 6. 1); Vgl. RPR, 1, Nr. 4546 (1384. 7. 24); M. SCHAAB, Geschichte（注22）, S. 113. なお、マウルブロン修道院については、さしあたり、Landesdenkmalamt Baden-Württemberg (Hg.), Maulbronn. Zur 850jährigen Geschichte des Zisterzienserklosters, (Forschungen und Berichte der Bau- und Kunstdenkmalpflege in Baden-Württemberg, Bd. 7), Stuttgart 1997 とりわけそこに収録された Peter RÜCKERT, Die Bedeutung Maulbronns für die Siedlungsgenese zwischen Stromberg und Schwarzwald im Mittelalter, in: Ebenda, S. 15-29 および Kurt ANDERMANN, Zur Besitz- und Wirtschaftsgeschichte des Klosters Maulbronn, in: Ebenda, S. 31-42 を参照。

(117) また、R. LOSSEN, a. a. O.（注112）, S. 135 ff. 宮中伯による Kollegiatsstift や修道院の創建はそれほど多いわけではない。

(118) R. LOSSEN, a. a. O.（注112）, S. 99 f.

(119) R. LOSSEN, a. a. O.（注112）, S. 101 ff.

(120) 中世後期の修道院改革については、Kaspar ELM (Hg.), Reformbemühungen und Observanzbestrebungen im spätmittelalterlichen Ordenswesen, (Berliner Historische Studien, Bd. 14, Ordensstudien 6), Berlin 1989 が重要な論文集である。その後の研究も含めて、さしあたり、Kaspar ELM, Monastische Reformen zwischen Humanismus und Reformation,

in: Lothar Perlitt (Hg.), 900 Jahre Kloster Bursfelde. Reden und Vorträge zum Jubiläum 1993, Göttingen 1994, S. 59-111; Dieter Mertens, Monastische Reformbewegungen des 15. Jahrhunderts: Ideen－Ziele－Resultate, in: Ivan Hlavacek und Alexander Patschovsky (Hg.), Reform von Kirche und Reich zur Zeit der Konzilien von Konstanz (1414-1418) und Basel (1431-1449), Konstanz 1996, S. 157-181; Ders., Klosterreform als Kommunikationsereignis, in: Gerd Althoff (Hg.), Formen und Funktionen öffentlicher Kommunikation im Mittelalter, (Vorträge und Forschungen, Bd. 51), Stuttgart 2001, S. 397-420. また、J. Kemper, Klosterreformen（注121）, S. 11-25 の研究概観も参照。

(121) Joachim Kemper, Klosterreformen im Bistum Worms im späten Mittelalter, (Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte, Bd. 115), Mainz 2006. また、R. Lossen, a. a. O.（注112）, S. 153 ff.

(122) Windesheimer Kongregation による改革運動については、Wilhelm Kohl, Die Windesheimer Kongregation, in: K. Elm (Hg.), a. a. O.（注120）, S. 83-106 も参照。

(123) R. Lossen, a. a. O.（注120）, S. 158 ff.

(124) R. Lossen, a. a. O.（注120）, S. 168 ff. 宮中伯が Klingenmünster に対して及ぼした影響と支配についての新しいモノグラフとして、Thorsten Unger, Klingenmünster und die Kurpfalz im 15. und 16. Jahrhundert. Untersuchungen zum Aspekt „Stift und Herrschaft“ am Beispiel eines ländlichen Kollegiatsstifts, (Stiftung zur Förderung der pfälzischen Geschichtsforschung, Reihe B: Abhandlungen zur Geschichte der Pfalz, Bd. 10), Neustadt an der Weinstraße 2009.

(125) R. Lossen, a. a. O.（注120）, S. 176 ff.

(126) 皆川卓「ドイツ諸侯軍の近世的変容――プファルツ選帝侯の軍事権力を例に――」『歴史学研究』八二一号（二〇〇六年）六〇－七四頁、特に六四頁以下。

(127) 中世後期ドイツにおける軍制の展開（傭兵の登場、農民・市民の召集軍、車陣などの戦術、火器の使用など）については、さしあたり、Bernhard R. Kroener, Kriegswesen, Herrschaft und Gesellschaft 1300-1800 (Enziklopädie Deutscher Geschichte, Bd. 92), München 2013, S. 2-20, 55-61 を参照。

(128) 中世後期プファルツの軍制に関しては、概観として、M. Schaab, Geschichte（注22）, S. 201 f. 専門研究として、Hans Fahrmbacher, Das kurpfälzische Heerwesen im 15. 16. und 17. Jahrhundert, in: Mannheimer Geschichtsblätter 11 (1910), Sp. 30-

47, 51-63, 82-89, 107-115, 129-138, 146-159, 176-185（主に近世の軍制を扱う）；Oskar Bezzel, Geschichte des Kurpfälzischen Heeres von seinen Anfängen bis zur Vereinigung von Kurpfalz und Kurbayern 1777, (Geschichte des Bayerischen Heeres, Bd. 4, T. 1), München 1925, S. 7ff.

(129) Friedrich von Weech, Das Reißbuch anno 1504. Die Vorbereitungen der Kurpfalz zum bairischen Erbfolgekriege, in: ZGO 26 (1874), S. 137-264. 皆川卓、前掲（注126）、六九頁以下。

(130) この分野に関して、中世後期ドイツの領邦一般については、E. Schubert, a. a. O.（注1）, S. 88 ff.; D. Willoweit, Entwicklung（注61）, S. 127 f.; Ders., Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat, in: Okko Behrends und Christoph Link (Hg.), Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch－historische Klasse, 3. Folge, Nr. 157), Göttingen 1987, S. 123-146; Armin Wolf, Gesetzgebung in Europa 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten, München 1996, S. 96-148; Steffen Schlinker, Fürstenamt und Rezeption. Reichsfürstenstand und gelehrte Literatur im späten Mittelalter, (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 18), Köln u. a. 1999, S. 238-351. また、Peter Moraw, Über Landesordnungen im deutschen Spätmittelalter, in: Heinz Duchhardt und Gert Melville (Hg.), Im Spannungsfeld von Recht und Ritual. Soziale Kommunikation in Mittelalter und Früher Neuzeit, (Norm und Struktur. Studien zum sozialen Wandel in Mittelalter und früher Neuzeit, Bd. 7), Köln u. a. 1997, S. 187-201; Thomas Simon, Krise oder Wachstum? Erklärungsversuche zum Aufkommen territorialer Gesetzgebung am Ausgang des Mittelalters, in : Gerhard Köbler und Hermann Nehlsen (Hg.), Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 1201-1217. 中世後期ドイツにおける領邦条令 Landesordnung のクロノロジーについて、P. Moraw, a. a. O., S. 190 ff. 多くの領邦で初めて領邦条令が制定されるのは、おおむね一五世紀後半以降であるが、先進的な北西部や南部では、より早かった可能性がある（特に北西部では遅くとも一五世紀前半から例がある）。個別の領邦における立法については、例えば、Wilhelm Janssen, „... na gesetze unser lande ...“. Zur territorialen Gesetzgebung im späten Mittelalter, in: Dietmar Willoweit (Hg.), Gesetzgebung als Faktor der Staatsentwicklung, (Der Staat, Beiheft, H. 7), Berlin 1984, S. 7-40; Ders., Städtische Statuten und landesherrliche Gesetze im Erzstift Köln und im Herzogtum Kleve (1350-

1550), in: Giorgio CHITTOLINI, Dietmar WILLOWEIT (Hg.), Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland, (Schriften des Italienisch－Deutschen Historischen Instituts in Trient, Bd. 3), Berlin 1992, S. 271-294. 日本語文献として、若曽根健治「ティロール森林令雑考―領邦立法史研究覚書―」『熊本法学』二七号（一九七八年）一－四四頁、千葉徳夫「一四四六年テューリンゲンのラント條令―領邦身分制と行政立法―」『社会経済史学』四七巻一号（一九八一年）六五－八六頁。

（131）H. J. COHN, Government（注68）, S. 243 ff.; A. WOLF, a. a. O.（注130）, S. 113. 一五世紀以降のプファルツにおけるポリツァイ条令については、Dorothee MUSSGNUG, Kurpfalz, in: Lothar SCHILLING und Gernard SCHUCK (Hg.), Wittelsbachische Territorien (Kurpfalz, Bayern, Pfalz－Neuburg, Pfalz－Sulzbach, Jülich－Berg, Pfalz－Zweibrücken), (Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit, Bd. 3, 1), (Ius Commune Sonderhefte 116, 1), Frankfurt a. M. 1999, S. 1-594.

（132）D. MUSSGNUG, a. a. O.（注131）, S. 47, Nr. 19.

（133）D. MUSSGNUG, a. a. O.（注131）, S. 47f., Nr. 20; Paul HABERMEHL, Helmut KNAUBER, Leben mit der Stiftskirche. Bilder und Geschehnisse 1350-2000, Neustadt an der Weinstraße 2003, S. 54 f.

（134）D. MUSSGNUG, a. a. O.（注131）, S. 47, Nr. 18.

（135）この条令の文脈、特に裁判における機能が意図されていたことについて、D. WILLOWEIT, Gesetzgebung（注130）, S. 131.

論説

# 損害賠償法における素因の位置（五）

永下泰之

目次

## 第四章　ドイツ法における素因の考慮場面

### 第四節　素因と共働過責

体質的素因であれ心因的要因であれ、被害者のいわゆる「素因」が不法行為と競合した結果、損害が発生・拡大した場合には、加害者は全損害に対して賠償責任を負うものとする素因不考慮命題が広く妥当しているドイツ法においても、体質的素因を有する被害者がこれを認識しながら危険な行為をなした場合には、ＢＧＢ二五四条の共働過責の規定が適用される可能性があることは一般的に承認されている。[1] また、心因的要因とりわけノイローゼ事例についても、従来から、損害発生後の展開の問題として、「損害軽減義務」の観点からの減責が認められているところであり、[2] また、今日ではより客観的かつ柔軟な解決が模索されているところである（後述第二款二）。

ところで、ＢＧＢ二五四条において規定される共働過責制度は、被害者の過責（Mitverschulden）をもって加害者の賠償責任を割合的に軽減するものであり、わが国における過失相殺制度に対応する。しかしながら、被害者の過責に関して、通説・判例は、被害者に過責があるというためには、その者に責任能力（Zurechnungsfähigkeit）がなければならないとしており、また損害軽減義務が文言上明示されているというように、[3] わが国の過失相殺制度とは所々異なるところがある。したがって、ドイツ法の共働過責制度における被害者の素因の考慮場面を考察する前提として、まずは共働過責制度について概観し（第一款）、それを踏まえて被害者の素因と共働過責との問題を検討することとする（第二款）。

## 第一款　ドイツ法における共働過責について

### 一　共働過責制度の概要

共働過責制度の基本思想は損害の分配である。[4] ドイツ法が完全賠償主義を採用していることは周知のことであるが、[5] 共働過責はこれを破る。というのも、被害者にも過責がある場合に、加害者に全部の責任を負わせるのは、信義則（Ｂ

ＧＢ二四二条）[6]に照らして、妥当ではないと考えられたからである。共働過責制度においては、被害者の過責が損害の発生・拡大に共働した場合、加害者の賠償義務が制限されることになるのであるが、このとき加害者の賠償義務は、被害者の過責の程度に応じて割合的に制限される。そして、その結果、法的効果として被害者の損害賠償額が割合的に減額されるという仕組みとなっている。

わが国の過失相殺は、民法七二二条二項において「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」とのみ規定しているが、ＢＧＢ二五四条は、第一項において、損害発生時の被害者の共働過責を規定し、続いて第二項において、損害の警告義務、損害防止義務及び損害軽減義務の三つの義務を規定している[7]。この第一項と第二項との関係につき、前者を責任を根拠づける事実における被害者の過責の共働、後者を損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責の共働、として区別する見解もあるが[8]、むしろ第二項を、不作為の態様によっても被害者は自らの過責につき抗弁を提出されうる、ということを特に明らかにしたものであるとして、要件としては第一項の「損害の発生に際しての被害者の過責」に集約されるというのが、一般的な見解であると言えよう[9]。とはいえ、損害発生時における被害者の過責と、損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責とを区別して考えることは、学説も承認するところである。これは、第二項第一文に規定される三つの義務の境界線として理解される。

先に述べたように、ＢＧＢ二五四条第二項第一文は、被害者についての警告義務、損害防止義務、損害軽減義務の三つの義務を規定する。これら三つの義務は同じ第二項第一文に規定されているのだが、警告及び損害防止義務と損害軽減義務との間には明確な境界が存在する。すなわち、警告及び損害防止義務は、損害が生じることを防止すべき義務であるのに対し、損害軽減義務は、すでに損害が発生しているときにこれが拡大しないようにすべき義務であるという境界が存在する[10]。このようにＢＧＢ二五四条では、損害発生時の過責と損害発生後の過責との相違が明確に意識されてい

るのであり、素因競合事例で特に問題となる心因的要因の競合事例では、とりわけ後者の損害軽減義務が問題とされている。

ここで、損害軽減義務について、少し説明しておきたい。いわゆる損害軽減義務とは、債務不履行ないし不法行為によって生じた損害が被害者自身の過責によって拡大・悪化するのを回避すべき義務である[11]。ドイツ法における一般的見解によると、損害軽減義務の内容は、被害者は分別のある注意深い人間にとって期待される限りにおいて、損害が不必要に拡大しないようにしなければならない、とされる[12]。また、被害者が損害軽減義務を怠ったときには、発生した損害が分配されるのではなく、被害者がその義務を尽くしていれば避けられたであろう損害の部分を加害者は賠償することを要しない。その際には、初めから賠償請求権の主張が許されないのではなく、初めから請求権が一部縮減されていると考えられている[13]。その結果として、被害者の損害賠償額の割合的減額という法的効果が生じるのである。

## 二　BGB二五四条の立法過程

BGB二五四条の基本的枠組みは前述のとおりであるが、完全賠償主義のドイツにおいて、損害賠償額の割合的軽減という法的効果がいかにして生じたのであろうか。これにつき、立法過程から見ていこう。その際には、法的根拠及び理論構成に焦点をあてると同時に、わが国とドイツとの大きな相違である損害軽減義務についても注目したい。なお、BGB二五四条の成立前史、成立史、成立後の学説の諸動向については既に詳細な検討がなされているため[14]、本稿では概略的な考察に留める。

### （一）部分草案一三条

被害者の過責に限っての割合的斟酌という現行法二五四条の骨格は、一八八二年に提出された部分草案の段階で既に

完成していた。債務法の部分草案はキューベル（von Kübel）の担当であった。

部分草案一三条「損害が同時に生ずる他人の過責（Verschulden）と被害者自身の過失（Fahrlässigkeit）により惹起された場合、被害者は、裁判官の裁量によりその割合に応じて、損害賠償請求権を有する。[15]」

起草理由によると、キューベルが起草に際して意図したことは、事件の個々具体的な事情を考慮した公平かつ妥当な処理であり、そのために、裁判官に自由な裁量を与えるということである。[16]その際、被害者の過責は、損害賠償請求権の否定に至るとする伝統的ローマ・ドイツ普通法とは決別せざるを得ないと考えられたようである。[17]キューベルは、その背後にある法思想を、違法な行為を行う者に何らかの権利を与えることは有り得ないのであり、したがって、違法行為者のために被害者に損害の発生を回避するような義務を負わせることは認められない、という点に求める。[18]他方で、被害者が何らかの行動を取り、注意を払うことにより損害の発生を回避し得たとしても、不法行為がなければそのような関係は生じなかったのであるから、被害者の損害回避可能性を理由に、各人は自己の不注意による結果について責任を負わなければならないというものではない、という趣旨も明らかにしている。[19]一般的命題を定立することを断念するとともに、裁判官に具体的事件の判断に際しできる限りの自由を認めることを意図した結果との評価がなされよう。[20]また、部分草案一三条では、事後的な損害の拡大について言及されてないが、これは考慮されなかったのではなく、いずれにせよ裁判官の裁量の範囲とされていたのである。

部分草案一三条は、完全賠償原則の修正として、被害者の過責に限っての割合的斟酌という方法を構成した点に重要な意義を有する。しかし、被害者の過責の性質については、具体的な議論はなされず、これも裁判官の裁量の範囲に属

していると考えられていたようである。

（二）第一草案二二二条

部分草案一三条に対しては、プランク（Planck）委員（ツェレの上級控訴裁判所判事・プロイセン代表）より、加害者に故意のある場合はともかく、たとえ加害者が生ぜしめた損害であっても、被害者に「普通の注意（gewöhnliche Sorgfalt）」を払うことにより回避できた損害については、損害賠償請求は排除されるべきではないか、という動議が出された[21]。委員会における多数が、部分草案一三条を正当と認めるが、被害者に損害回避の不作為があったことが証明されたような場合にこの規定の適用を否定することは衡平ではないとして、動議に従った形での修正を決定している[22]。その後修正された第一草案二二二条が一八八八年に公表された。

第一草案二二二条「他人が惹起した損害の発生につき、被害者の過失（Fahrlässigkeit）がたとえ損害回避に問題となるに過ぎないにしても共働した場合、裁判所は、事件の事情に従い、他人が損害賠償の義務を負うかどうか、および、その負うべき義務の範囲の如何を考量すべし。とりわけ、裁判所は、判決をなすにあたり、他人の過責（Verschulden）と被害者の過失（Fahrlässigkeit）のどちらか重大かどうか、および、その重大なる範囲を評価すべし[23]」。

第一草案二二二条の特徴は、損害の回避の不作為が証明された場合の当該規定の適用を認める点と、賠償責任軽減の手法として、ドイツ普通法および一部のパンデクテン法学で採られていた因果関係を基礎とする「損害控除」の理論、つまり、「因果関係の中断」の理論をあきらめ、生じた損害を法的に全体として一個のものと評価する「単一損害」の概念を前提に、それを過責の程度を考量して当事者間に分割するという「損害分割」の理論をもって構成されている点

が挙げられる[24]。

しかし、過責の程度と賠償されるべき損害との間に確定できる数学上の関係を識別していないこと、つまり、賠償義務の消滅に至る可能性のあることを定めていることからすると、ローマ・ドイツ普通法の原則が払拭されないで残っていることがうかがわれる[25]。

（三）第二草案二一七条

第一草案二二二条に対してはかなり異議が唱えられたが、それは形式的なものにとどまり、大方の見方は好意的であった[26]。その後第一草案二二二条は、異議に答える形で修正され、ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条が公表された[27]。本草案は、被害者の過責が損害の主たる原因とみなされる場合、賠償請求権は、被害者に与えられるべきではないという意見を採用した形となっている。また本条では、裁判官の裁量の働く余地をできる限り抑制したいという考慮もうかがえる[28]。すなわち、ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条に対しては、第二委員会において、同条の削除という動議を除いて、①「賠償請求権を排除する（Ersatzanspruch ausschliesst）」の後に、「あるいは制限する（oder Beschränkt）」という文言を挿入すること、②「回避（Abwendung）」の後に、「あるいは軽減（oder Minderung）」という文言を挿入すること、③「過失（Fahrlässigkeit）」を故意の意味も含む「過責（Verschulden）」に置き換えること、の三つの動議が採択された[29]。これら三つの動議を採択した第二草案二一七条は一八九二年に公表された。

第二草案二一七条「損害の発生につき、被害者の過責（Verschulden）が、たとえ損害の回避または軽減の不作為によるにすぎないにしても、共働する場合、賠償の義務および給付すべき賠償の範囲は、その事情によって、とりわけ、損害がいかなる範囲において主として何れの当事者により惹起されたかによって定まる[30]」。

第二草案二一七条の特徴は、賠償の範囲が必ずしも明言されていない裁判所の裁量による損害への原因確定という点にある。したがって、損害への原因確定として何を基準にするのか、すなわち、因果関係なのか、過責なのかという点が問題となる。[31] 文言からは明らかではないが、原因の確定は、両者の過責ではなく、依然として因果関係に依存していたようである。

また、被害者の損害回避の不作為と並んで、損害軽減の不作為についても配慮することを規定として表明した点が注目される。「軽減」という言葉を挿入することにより、過失相殺を全損害の展開に際して適用することが可能となるとされる。[32] この段階においてようやく、損害の拡大に際しても、共働過責の斟酌がなされることが条文に明記されたのである。

ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条から第二草案二一七条への変遷を見ると、「被害者の過責」という問題を、損害の軽減および損害回避の不作為という二つの点から積極的に評価しようとする姿勢がみられる。

（四）現行法二五四条

第二草案二一七条は、一八九五年に連邦参議院に提出され、連邦参議院提出法案二九四条としてまとめられた。その際、現行法二五四条のごとくに一項と二項とに分割され、さらに二項において二七四条（現行法二七八条）の準用が定められた。[33] その後、連邦参議院から送付された第三草案を審議した帝国議会の委員会において、二項に警告義務が付け加えられ、[34] 現行法二五四条の形式が整ったのである。

（五）小括

ＢＧＢ二五四条は、被害者の過責に限って競合原因の割合的斟酌を認める共働過責制度を置く。立法過程によると、立法者は、厳密な射程・法的構造を検討したうえでこの制度を置いたわけではないようである。そのため、被害者の過

責という要件の具体化も図られていない。立法者がＢＧＢ二五四条を置いたのは、競合原因の斟酌を被害者の過責に限定するという原則的立場を表明したに過ぎないのであろう。具体化、理論化は以後の課題とされたのである。

また、損害軽減義務は、第二草案二一七条においてようやく条文として規定されたものである。損害の展開全てにおいて被害者の過責を斟酌する点で、立法者の積極的な評価の姿勢をうかがい知ることができるが、被害者の損害軽減の作為とはいかなるものであるか知ることはできない。理由書によると、単に明確化のためと表現されたに過ぎず[35]、前述のように損害軽減義務の具体化は図られず、議論の余地が残されたのである。

三　共働過責の法的性質

前述の立法過程の考察から明らかになったが、ＢＧＢ二五四条の共働過責制度は、ドイツの完全賠償主義を修正するために損害賠償額の割合的縮減という法的効果を定立することが最大の目的であった。しかし、被害者の過責の法的性質の問題は立法過程では未解決のまま残され、立法後は、被害者の過責の法的性質をめぐる議論が盛んとなったのである。

以下、被害者の過責の法的性質について、ドイツにおいて代表的な学説を考察してみたい。この過責の法的性質をめぐる議論においては、過責（Verschulden）という文言から出発して、被害者の非難可能性というアプローチから多数の構成が試みられている。以下、順に概略的に見ていこう。

（一）被害者の過責の法的性質に関する学説

被害者の過責の法的性質に関する代表的な学説としては、①自分自身に対する過責（Verschulden gegen sich selbst）説、②法的義務違反説、③矛盾行為禁止の原則説（信義則上の義務違反説）、④オプリーゲント違反説が挙げられる。

①自分自身対する過責（Verschulden gegen sich selbst）説

ツィテルマン（E. Zitelmann）は、ＢＧＢ二五四条の被害者の「過責」を「自分自身に対する過責」という概念を用いて説明する[36]。彼によれば、「過責」には、他者に対する過責と自分自身に対する過責とがある。前者においては、法が他者の利益のために課する法的義務の違反に、法的不利益もしくは法的利益の排除が結合されている。これに対して、後者においては、反対給付すべき法的義務は課されていない[37]。自己に対する過責の主たる効果は、損害賠償請求権の排除であり、ＢＧＢ二五四条やＢＧＢ一二二条二項がその例である[38]。

自己に対する過責と他者に対する過責とは、価値判断の種類において相違する。自己に対する過責の事例においては、法的義務がないために、行為は客観的にも主観的にも違法足りえない。しかし、「過責」をいうためには、行為が拒否されねばならない。自己の法益を侵害することは、法的義務には反しないが、自らに不利益を加えないという自己に対する（倫理的）義務の違反とみなされ、自己の利益の見地から拒否されるのである。

判例もかつてはこの見解をとったが[39]、多数の反対説が生じた。例えば、ラーレンツ（K. Larenz）は、この見解に対して、「自分自身に対する過責」という言葉は法的義務の侵害を示唆するがゆえに、避けるべきであるとする[40]。

②法的義務違反説

この見解は、上記ラーレンツが批判する法的義務の侵害を正面から認め、被害者の行為を真正の義務違反とする見解である。自己加害行為に加害者の利益の侵害を見出し、加害者に対する法的義務の違反と構成する見解である。この議論に関して比較的詳細であるのはフェンツマー（K. Venzmer）の見解である[41]。共働過責事例においては、現に生じた結果は加害者・被害者双方の惹起によってのみ生じえたのであり、加害者に結果が帰責されるのは被害者が共働惹起したがゆえである。ところが、ＢＧＢ二五四条がないものと考えれば、被害者が関与しなければ結果は生じなかったとい

うこのような事情は顧慮されず、加害者は完全な賠償義務を負う。ここに加害者の損害が存在する。そのため、BGB二五四条における自己加害は、加害者の法領域への侵害と法必然的に結合している。しかし、共働惹起に伴う他者の権利領域への侵害は自己の利益からも正当化されないのであるから、この損害の基礎にある結果実現は、被害者の観点から違法とされる[42]。

またフェンツマーは次のようにも述べている。BGB二五四条一項は、被害者が結果全体について共働答責的であると宣言し、加害者の責任を同じ範囲で免除する。すなわち、違法な結果の招来に被害者が関与したことから、法律によって一気に、損害賠償義務の賦課および、その即時の強制的な履行という帰結が引き出される[43]。つまり、彼は、被害者の行為を違法とし、しかも、賠償額の縮減を被害者の損害賠償責任（過失責任）と把握するのである（したがって、被害者についても責任能力を要求する[44]）。

これに対して、加害者に対する義務を構成することの妨げとなる事情が多数指摘された。例えば、加害者は初めから縮減された損害賠償義務を負うに過ぎないのであるから加害者に損害が生じることはない[45]。また、不法行為上、他者の損害を阻止すべき一般的義務が存在するわけではない[46]。他人の権利領域に侵入し、法秩序によって拒否される不法行為者のために、被害者の義務が生じると考えることはできない[47]、といった指摘がなされる。つまり、被害者に対して、強制履行をも可能とする法的義務を賦課することへの批判である。

③矛盾行為禁止の原則説（信義則上の義務違反説）

共働過責制度を矛盾行為禁止の原則から説明し、自己加害行為とは別の平面・時点において被害者に許否を加える見解である。アドリアーニ（H. Adriani）がフィッシャー（Fischer）の所説を発展させている。

アドリアーニは次のように論じる[48]。法は自己の法益を軽率に危殆化することを禁じていない。法が拒否するのは、自

己の利益の命令を無視したことそれ自体ではなく、このような場合における損害賠償を請求するという自己の先行行為との矛盾のみである。ＢＧＢ二五四条の基礎にあるのは、自己の行動に反して振舞うことは許されない（venire contra factum proprium）という法思想である。すなわち、ＢＧＢ二五四条は信義誠実の原則の具体的発露である。ＢＧＨが、ＢＧＢ二五四条は信義誠実の原則（ＢＧＢ二四二条）とりわけ矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）の特別の表出であるという見解を示すに至り[49]、学説においても支持を得た。今日では、通説および判例となっている。

他方で、ラーレンツは、この見解に対して、次のように述べて批判する[50]。信義誠実は業務上取引における誠実期待、所与の文書への誠実さ及び要求された信用を正当化することと関わりあう。それゆえ、取引関係がすでに存在する、あるいはこれから開拓されるというところでは信義誠実が妥当するはずであるが、ＢＧＢ二五四条には該当しない。むしろ、法秩序の別の根本原理が問題である。自らの行為に対する責任とは、責任を負うべき損害に対し共働責任を負う形での責任である。〝信義誠実〟に還元する必要はない、と。

④オブリーゲンハイト違反説

ＢＧＢにおいては、通常の義務とは異なる一群の「義務」の存在が指摘されていた。シュミット（R. Schmidt）はこれらに「オブリーゲンハイト（Obliegenheit）[51]」という名を与え、基礎的かつ包括的研究を行っている[52]。なお、この見解は、今日の有力説であり、多くの概説書、注釈書がこの立場にたっている[53]。

シュミットは、法義務には、真正義務（Verbindlichkeit）とは別に、より強度の弱い義務（Pflicht minderer Intensität）の一群があるとして、これを、保険法の概念である「オブリーゲンハイト」と名づける。彼によると、これらの義務は、「権利者」に履行請求権、訴求・執行可能性、損害賠償請求権もなく、違反時には損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられる、という特徴を有するものであり、ＢＧＢ二五四条もこの一群に属するとされる[54]。

またシュミットは次のようにも述べる。自己の権利領域における危険回避を命じる一般的法義務はない。しかし、自己加害に結びつけられた法律効果からは、自己加害しないという、より強度の弱い義務が生じる。自己加害はそれ自体としては違法ではないが、損害賠償請求権の主張という観点から、法秩序によって拒否される。このような拒否の基礎にあるのは、自己の行動に反して振る舞うこと、つまり矛盾行為禁止（venire contra factum proprium）という法思想である。帰責可能な行為によって自己加害する者は、この損害を他者に転嫁してはならないというわけである。[55]

このようにシュミットは、被害者が加害者に対して、損害賠償義務以外の弱いサンクションしか有さない弱い義務を負っているとするが、しかし、加害者に対する被害者の義務という構成が既に問題視されていたので、オプリーゲンハイトという新たな概念を導入するシュミットの見解は、当初支持が乏しかった。ここで反対説が指摘するのは、保険法における本来のオプリーゲンハイトが問題になる状況と共働過責が問題になる状況との相違、すなわち不法行為事例では、加害者・被害者の間にはもともと特別の法的関係が存在しないという点である。[56]

その他にも多数の異論が存在する。例えば、オプリーゲンハイトを一定の義務と理解した上で、オプリーゲンハイトを「強度の弱い義務」として理解してはならず、またそのようなものが存在するわけでもないという批判がなされることがある。[57]また、これと主旨は類似するが、ヴィーリンク（H. Wieling）は、オプリーゲンハイトを「自己利益における行為の要請」と呼んでいる。[58]さらに。エッサー（J. Esser）に至っては、オプリーゲンハイトという言葉を用いることも認めていないのである。[59]

（二）小括

以上概観してきたように、被害者の過責の法的性質をめぐっては、「過責（Verschulden）」という文言から出発して被害者の非難可能性を論じるための様々な構成が試みられた。ここで、被害者の過責の法的性質について一度整理して

おこう。

まず現れたのが、自分自身対する過責説である。ツィテルマンによると、自己に対する過責は、法的義務がないために、その行為は客観的にも主観的にも違法足りえないとされる。この指摘は正当であろう。しかし、自己の利益の侵害がなぜ損害賠償請求権の「割合的」縮減という法的効果を生じるかについて、説明がなされていない。

一方、法的義務違反説は、被害者の自己加害行為を、真の法的義務違反であるとする。この見解は、被害者の過責は自己の利益の見地からも正当化されないとする点で、上述の自分自身に対する過責説と共通している。しかし、フェンツマーは、自己の利益の見地から被害者の過責を違法として[60]、ツィテルマンの見解とは正反対の結論を導き出す。そこからフェンツマーは、損害賠償義務の賦課とその即時の強制的な履行という帰結を導くのであるが、この帰結には、批判が多い。

今日の通説・判例は、矛盾行為禁止の原則説を採用している。この説は、BGB二五四条の基礎を矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）に求め、BGB二五四条は信義誠実の具体的発露であるとする[61]。学説においてもこの説は通説となっている。

今日の有力説であるオブリーゲンハイト違反説は、法的義務性を否定するために、より強度の弱い義務として保険法のオブリーゲンハイトを用いて被害者の過責を説明する。シュミットが指摘する、加害者に履行請求権、訴求・執行可能性、損害賠償請求権がないこと及び被害者に損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるに過ぎないということは、BGB二五四条の法的効果を的確に捉えたものと評価することができる。なお、シュミットは、強度の弱い義務と構成するが、その根拠を矛盾行為禁止の原則に求める。この点において、オブリーゲンハイト違反説は矛盾行為禁止の原則説と相違せず、むしろ、オブリーゲンハイト違反説は、矛盾行為禁止の原則説の一種であると考えられよう。

## 四　BGB二五四条における損害軽減義務

　BGB二五四条は、第一項において共働過責に関する一般原則を規定し、第二項においてその特別適用について規定する。特別適用とは、既に述べたように、警告義務、損害防止義務、損害軽減義務の三つである。この三つのうち、損害軽減義務は、わが国の過失相殺には明記されてはいないが、定着しつつある法理である。

　後に見るように、素因競合事例においては、損害の発生に際して被害者の素因が競合する場合のみならず、損害が生じた後に被害者の素因が競合する場合すなわち、損害の展開過程がとりわけ問題となるのであるが、後者については、損害軽減義務の問題である。よって、ここでドイツ法における損害軽減義務につき、概観しておかなければならない。なお、損害軽減義務は、契約関係にも不法行為にも適用される法理であるが[62]、本稿の目的に鑑みて、今回は人身損害に限っての紹介にとどめる。

### （一）損害軽減義務とは

　損害軽減義務の特徴は、損害が既に発生していることを前提としている点にある[63]。警告義務、損害防止義務及び損害軽減義務は、前二者が損害の発生を防止することに向けられたものであるのに対し、損害軽減義務は発生した損害を拡大させないことに向けられたものであるということによって区別される。例えば、交通事故により身体傷害を被った者は、その傷害がそれ以上悪化しないように治療を受けることが要請され、これを怠った場合、損害軽減義務違反であると見なされる。すなわち、損害がすでに生じてしまった場合、被害者は、分別のある注意深い者に期待されうる限りにおいて、損害が不必要に拡大しないよう尽力すべきものとされ[64]、また、被害者が損害軽減義務に違反した場合には、被害者がその義務を尽くしていれば回避しえたであろう部分の損害を賠償義務者は賠償することを要しない[65]。その結果として、被害者の損害賠償額が減額されることになる。前述の設例でいえば、被害者が治療を怠った結果、傷害が悪化し

た場合、治療を怠る行為は損害軽減義務違反と見なされる。そして、治療を受けていれば悪化しなかったであろうと評価される部分の損害について、損害賠償額から控除されることになる。

ＢＧＢ二五四条の共働過責制度を理解する上で注意しなければならないのは、損害軽減義務をはじめとするＢＧＢ二五四条第二項一文について、法的義務違反を前提としてない点である[66]。したがって、ＢＧＢ二五四条が想定する被害者の「義務」の違反は、損害賠償請求権を縮小するという法的効果しか持ち得ない。損害軽減義務違反についても同様であり、この義務違反により拡大した分の損害については、損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるに過ぎないのである。

（二）具体的義務

それでは、次に具体的な損害軽減義務の内容について見てみよう。当然のことながら、具体的損害軽減義務の内容は、ＢＧＢ二五四条二項一文の規定からは明らかではない。そのため、立法後から個々の事例によって義務内容が蓄積されてきたのである。人身損害に関する損害軽減義務としては、①医療行為、②労働力の利用が挙げられる。これらの場合、被害者にはいかなる行為が期待され、それが損害軽減義務として想定されているかのにつき、ここで概略的に見てみよう。

①医療行為

傷害を受けた被害者は、全く取るに足りない身体傷害でない場合には、医者の治療を受けなければならない[67]。また、医師の指示にも従わなければならないことも指摘される。学説からは、食養生を遵守しなければならないことの他にも[68]体育訓練をすること[69]、場合によっては精神科にかかることも義務づけられることが指摘されている[70]。

また、被害者は、手術を受けることも期待されうる[71]。手術が期待されるのは、労働能力を回復して、所得の減損を低く抑えるためである。ただし、当然のことながら、手術に関しては、「手術は、危険がなく、特別な苦痛を伴わず、か

つ治癒あるいは少なくとも回復への確実な見込みを示すものでなければならない」という定式で表されるように[72]、限られた条件付きで要請されるものであり、一般的な手術受忍義務のようなものではない。

②労働力の利用（就労義務とも呼ばれる）

不法行為にあった被害者といえども、そのまま事態をも漫然と放置して、いたずらに不労状態に留まるではなく、被害者は、所得の減損を軽減するために、期待される限りにおいて残存する自己の労働能力を有用に活用しなければばならないとされる[73]。場合によっては、再訓練をすることや転職することも期待される[74]。なお、就労義務における期待可能性は、個別具体的事案の事情が決定的な役割を果たしている[75]。これにつきランゲ（H. Lange）は、以前勤めていた仕事の種類、年齢及び被害者の基礎能力、新たな仕事を見つける際の困難さが決定的であるとする[76]。

以上概観してきたように、損害軽減義務は、被害者の過責を判断するに際して、当該行為が被害者にとって期待されうるか否かを評価する。この「期待可能性（Zumutbarkeit）」という基準は、個々の事案における被害者側の事情による。その際には、客観的事情のみならず、主観的事情も考慮される。すなわち、「期待可能性」は、通常人を基準として判断するのではなく、あくまでも具体的被害者を基準として、具体的被害者の事情に応じて個別的に判断するのである。したがって、「期待可能性」という基準は、ドイツ法における素因不考慮の原則と同様の価値観を内包していると理解される。後述の素因競合の問題に関しても、こうした価値観がベースとなっているものと考えられる。このことは、通常のノイローゼや定期金ノイローゼの場合に関して、被害者が不適切なノイローゼの展開を克服するために、被害者にとって可能かつ期待されうる措置を講じたかどうか審理されなければならない[77]、と指摘されるところである（後述第二款二）。

## 第二款　共働過責による素因の考慮

さて、以上を前提として、いよいよ被害者の素因と共働過責との関係について考察を進めていこう。

### 一　体質的素因に関する見解

ドイツでは、被害者の体質的素因（病的素因）の取り扱いに関して、「虚弱な者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害行為をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない」という命題が、判例・学説により早い時期から形成されており、これが確立した判例法理となっていることは既に述べたとおりである。

このような立場を採るドイツにおいても、体質的素因を有する被害者が、それを知りながら危険な行為をなした場合、判例・学説においてＢＧＢ二五四条の共働過責の規定が適用される可能性が指摘されているところである[78]。この場合、判例・学説は、被害者に非難可能性のあることを前提としている。すなわち、自分の体質的素因を認識していたかどうか、従前に有責な事故があったかどうか、という観点から被害者の共働過責を問題とするのである。では、ここで代表的な例を見てみよう。

（一）裁判例

【D-40】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決（OLG Celle VersR 1981, 1057）

【事実】Xのダックスフントが Yのテリヤに攻撃され噛みあいに巻き込まれた。以前から潜在する乾癬を認識していたXがそれを止めようと綱を引っ張った際に転倒した結果、手と足に擦過傷を負い、一〇日後これが発現したという事案である。

【判旨】ツェレ高等裁判所は、Xの犬にもかみ合いの原因があり、Xの対応も不適切であったという点で共働過責が斟

酌されるとし、さらには、「その他の共働過責の要素は、Xが自身の病気を知っていたという事実である。それゆえにこそ、Xは行動を自制しなければならなかった。Xの損害を被りやすい体質がYの責任根拠に影響を与えない場合、Xが自身の体質を顧みずに危険を冒すことの代償として、Xの重大な共働過責が考慮されなければならない。なぜならば、Xはより良く危険を評価しうるからであり、この観点からすると、行動を自制するという特別の義務はXの責務である」[79]として、Xの共働過失を認め、加害者の責任を縮小した。

【D-41】ＢＧＨ一九八一年九月二二日判決（BGH NJW 1982, 168）

【事実】飲食店のウェイターであるXが店内においてYの保有する犬に腹部を噛まれたところ、戦争で負ったXの傷（瘢痕組織の損傷）が影響して、二つの大掛かりな手術と三ヶ月の入院という重大な結果に至ったという事案である。第一審はXの請求棄却。Xより控訴。控訴審は、慰謝料の支払を認容したが、治療費及び収入減損の賠償を棄却。Xより上告。上告一部認容。

【判旨】「確定判例（s. BGHZ 34, 355 [363] = NJW 1961, 655; BGH, NJW 1972, 334 = VersR 1971, 1123; NJW 1978, 2502 = VersR 1978, 1070 [1071]; zuletzt NJW 1980, 1518 = VersR 1980, 675）によると、ＢＧＢ二五四条第一項に規定される損害発生時における狭義の過責の考慮は、ＢＧＢ二四九条の基礎にある信義誠実の原則（Treu und Glauben）の表れである。それゆえ、被害者が自らの責任領域に属する損害回避を特別な方法で困難にしたにもかかわらず、賠償請求権を全範囲において請求しようとすることが、まさに加害者と被害者との関係において不公平であると思われる場合には、ＢＧＢ二五四条が適用されるべきである」との見解を示し、例えば雑踏において不注意な第三者と接触したような場合においては、コルセットあるいは腹巻を装着していなかったことはXの共働過責になりうるが、本件では、損害事

件はもっぱらYの責任領域に属しているのであり、Yは X の自由な決定の領域にある予防をXが講じていないとの抗弁を提出できないとして、Xの共働過責を否定した。(80)

【D-42】OLG Koblenz 一九八六年五月五日判決（OLG Koblenz VRS 72 (1987), 403）

【事実】友人の小型バイクの後部に同乗した被害者が、夜間にディスコから帰る途中、交差点での優先通行権を無視したYの自動車との衝突事故に遭い、下腿部を複雑骨折した。被害者が血友病患者であったため、X（地域健康保険組合）は、被害者の健康回復のため高額の支出を余儀なくされた。Xは回復費用の賠償を請求したところ、これに対してYが、被害者が自ら回避可能な危険状況に身を置いたとして、Xに対し五〇％の共働過失を主張した。

【判旨】コブレンツ高等裁判所は、前提として、被害者が血友病患者であった場合においても、被害者の特別な損害への脆弱性は加害者を免責しないという素因不考慮の原則を示し、その上で被害者の共働過責について、次のような見解を述べてこれを否定した。「確かに、オートバイの運転手とその同乗者が事故に遭うということは稀ではないということは正当である。しかし、このことは被害者にとって、『血友病患者』としての素因を理由として小型バイクの運転を断念するきっかけであるとは限らない。そのような乗り物は、道路交通で認められた、若者が好んで利用する交通手段である。当裁判所の知るところによると、被害者が住んでいる地域では、公共の近距離交通の便が特に良いわけでもなく、特に日曜日は良くない。このことからだけでもすでに次のことが推論される。すなわち、被害者は、他の交通手段を持っていなかったので、一定範囲において仲間との社会を手に入れるために、Sと共に走行せざるを得なかった。まさに被害者の健康上の障害が故に、被害者が社会生活に参加するということは有意義であると思われる。むしろ、こうすることが可能である限り、障害者が一般社会に参加するということは、障害者の融合（Integration）のために好まし

いことである。その他の点では、今日において道路交通への参加は、それがいかなる形態であろうとも常に、原審が述べたように、人間の通常の生活形態に属する。『血友病患者』に小型バイクを乗ってはならないと要求することは、一般的行動の自由の制限であろう[81]」。

ここで検討した裁判例を見る限りでは、被害者が体質的素因を有している場合において、被害者の共働過責が成立する可能性については考慮されているように思われるが、実際には、裁判所は共働過責の成立について極めて消極的であると思われる。確かに、理論的には、素因保有者が自己の体質的素因を認識している場合において、損害回避措置を講じなかったのであれば、自己危惧化行為として共働過責が成立することが認められている。しかしながら、一般論として、素因保有者の社会参加自体を共働過責とすることはできないとの立場が採られていることと、素因保有者の一般的行動の自由という要請がかなり広範に妥当するものとして承認されていることから、素因保有者の共働過責の成立は極めて限定的な場合であると解される。ここにおいても、素因不考慮命題の基本思想が強い影響を与えているものと思われる。すなわち、体質的素因を有する被害者の共働過責を認めると、そのような者は通常人（健康な者）に比べて社会参加の際に負担を負うことになり、場合によっては社会参加自体を自制すべきことになり、素因保有者の社会参加・一般的行動の自由を制限することとなる。しかしながら、前掲【D-42】OLG Koblenz 一九八六年五月五日判決で言及されているように、素因不考慮命題及び裁判所が比較として重視するのは、素因保有者の社会参加・一般的行動の自由である。したがって、体質的素因を有する者が自らのそれを認識していたことが直ちに共働過責につながるのではなく、当該素因が自らの支配領域内にあり、かつ、容易に損害回避措置を講ずることのできる場合に限り、共働過責が成立するのである。そうすると、裁判所が予定するのは、より具体的な行為義務違反、すなわち、被害者の側に非難可能性が

認められ、当事者間で明らかに不公平だと評価される程度の行為義務違反であると考えられる。

（二）学説

学説においても、被害者が自己の体質的素因に対して認識があった場合に共働過責の成立の可能性が考慮されている[82]。ここにおいても、裁判例と同様に、共働過責の考慮には消極的であると理解される。まず学説は、ＢＧＢ二五四条の観点から、被害者が自分自身の不健全な健康上の体質を考慮するよう要請されることを認める[83]。そして、この観点から被害者が自己の体質的素因に対して認識があった場合に共働過責の成立の可能性を承認する。とはいえ、先ほど述べたように、積極的に成立を認めるわけではない。なぜならば、前提として、被害者の体質的素因自体を共働過責として被害者に帰せしめてはならないからである[84]。また、被害者が自己の体質的素因を認識しかつ損害回避措置を講ずることが可能であることから、ＢＧＢ二五四条により共働過責が成立する可能性があるとしても、障害がある、又は虚弱な者の一般的行動の自由は、このＢＧＢ二五四条のオプリーゲンハイトによって過度に制限されてはならないとして、共働過責の成立に慎重である[85]。

以上のとおり、ドイツ法においては、被害者の体質的素因の競合事例においては、共働過責の考慮に際しても、被害者の社会参加・一般的行動の自由の保障が図られているものと解される。そして、これは、まさに素因不考慮命題の示す基本思想と同様である。

二　心因的要因に関する見解

体質的素因が競合した場合については、上述のとおり、被害者が自らの素因を認識し、かつ、損害回避ための措置を講ずることができるときに限り、共働過責が成立するとの枠組みであった。それでは、被害者の気弱な性格や悲観しや

すい傾向あるいはなんらかの精神的疾病といった心因的要因が競合した場合はどうであろうか。素因の認識及び損害回避措置といった体質的素因に関する枠組みは、心因的要因の場合にはそのまま妥当するものではない。そうすると、心因的要因の競合事例では、損害が発生したことについては素因不考慮命題によって全損害を加害者が負担すべきとなり、共働過責の考慮が入り込む余地がないのだろうか。

奇しくも、わが国で民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用することにより被害者の素因を斟酌することができるとした最高裁判決[86]は、被害者の心因的要因の競合事例であったように、ドイツ法においても、被害者の心因的要因が競合した場合における被害者の共働過責が問題となっている。このとき、ドイツ法において主に論じられているのは、損害発生後に心因的要因が寄与し、既発の損害を悪化・拡大させるという場面である。すなわち、損害軽減義務の問題である。

（一）定期金ノイローゼ

心因的要因と損害軽減義務との関連においては、とりわけ「定期金ノイローゼ（Rentenneurose）」の場合が問題とされていたところである。

当初ＲＧは、定期金ノイローゼのような賠償神経症の事例において、加害者の責任を肯定していた[87]。例外的に、被害者が自分の欲望観念に抵抗しなかった場合において、ＢＧＢ二五四条の共働過責による損害賠償の減額が考えられていたが、実際に共働過責が認められることはなかった。この傾向は戦後も基本的に変更がなく、共働過責を承認した判例は見られない。例えば、次の例を見てみよう。

【D-43】ＢＧＨ一九八五年一一月一二日判決（BGH NJW 1986, 777）

【事実】一九七六年六月一〇日、訴外Ａが乗用車を運転していたところ、サイドウィンドーから納品書が道路中央分離

帯へと飛んで行ったため、同乗者Ｂ（$Y_1$の夫、$Y_2$の父親）が徒歩で道路を横切り中央分離帯渡ろうとした。そこで反対車線を走行していたＸは、ブレーキをかけ回避行動をとったが、Ｂを轢いてしまい、Ｂは即死した。Ｘは本件事故により、重傷を負い、繰り返し治療をうけなければならなくなり、一九八〇年六月一日には障害が理由で退職し、年金受給者となった（Ｘは当時四五歳）。そこでＸはＹらに対して、Ｂの相続人として、損害賠償を請求した。これに対してＹらは、事故に起因する症状はすでに治癒しており、Ｘは病気へと逃げ込んでおり、いわゆる定期金ノイローゼを発症しているため、その結果に対してＹらは賠償義務がないとして争った。

第一審は請求を棄却。控訴審は慰謝料及び将来的損害を理由とするＹらの賠償義務を認めた。Ｙらが上告、上告棄却。

【判旨】ＢＧＨは、Ｘの損害軽減義務に関して、「ＸによるＢＧＢ二五四条二項に基づく損害軽減義務違反に対しては、あらゆる事実的根拠が欠けている。Ｘの精神的損害の素因に対して、Ｘは責任を負わない。精神的損害の素因は、ＢＧＢ二五四条を超えて損害軽減的にＸに対抗することはできない。加害者が体質的に特に脆弱な者に損害を与えるということは、加害者の危険である。同様に、Ｙは、Ｘがノイローゼを理由として回復の可能性があった医師の（おそらくは考えられうるであろう精神科医の）処置を有責に受けなかったという観点について、十分な事実申し立てをしなかった」と判示して、Ｘの損害軽減義務違反を否定した。

本件ではＸの損害軽減義務は否定されたが、心因的要因と見なされる定期金ノイローゼを損害軽減義務の観点から考慮する姿勢が見られる。素因に関しては、素因そのものではなく、被害者の行為を斟酌できる可能性を示したものと考えられる。

なお、加害者が体質的素因を抱える被害者に対して損害を与えることは、加害者の危険であるとされている点には、素因不考慮命題と同様の考慮を見て取ることができる。したがって、損害軽減義務の観点から被害者の素因を実質的に

考慮する可能性は認められるのであるが、その成立にはなお謙抑的であるものと解される。

ところで、定期金ノイローゼについては、判例の展開により、BGH一九五六年二月二九日判決[88]などにおいて、加害者の責任が否定されるようになり、少なくとも定期金ノイローゼ事例における共働過責が問題とならなくなっていた。ところが、近年、判例が、いわゆる定期金ノイローゼ事例と呼ばれていたものにつき、素因不考慮命題の適用範囲を拡大し、原則として加害者への帰責を認める方向へと舵を切ったことから[89]、再び共働過責、とりわけ損害軽減義務が問題となっている。このときには、被害者の不適切な神経症の展開のいう観点から損害軽減義務が問題とされている。

（二）不適切な神経症の展開

ドイツ法では、被害者の特別な精神的脆弱性（psychische Anfälligkeit）は、身体傷害の共働惹起（Mitursächlichkeit）と同様に、加害者を免責することはできないとして[90]、被害者の心因的要因の斟酌は原則として否定される。しかしながら、被害者のノイローゼが誤った方向へ展開した場合、例えば、ノイローゼを理由として就労せず、所得減損といった後続損害（Folgeschaden）が生じたような場合には、もはやこの原則は妥当しない。この場合、被害者の不適切なノイローゼの展開は、加害事件によって偶然現実化された生命の危険として理解されてはならないとされる[91]。なぜならば、加害者が与えた危険は、後続損害という形で現実化されたのではないからである[92]。

では、不適切なノイローゼの展開が、加害事件によって偶然現実化したに過ぎない生命の危険の発露（Ausfluss）として理解されうるであろうか。この点について、前掲【D-37】BGB一九九六年四月三〇日判決は、「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない」場合にのみ帰責性が否定されるとする[93]。この

ようにドイツ法では、被害者の心因的要因は、一定の場合に限って斟酌されるに過ぎず、原則としては斟酌されえないのであるが、むしろ、被害者のノイローゼが誤った方向へ展開した場合には、損害軽減義務違反が問題とされる。例えば、次のような例が挙げられる。

【D-44】ＢＧＨ一九六九年一二月四日判決（BGH VersR 1970, 272）

【事実】Ｘは、天然痘の予防接種を受けた際に、脳傷害と癲癇の発作を起こし、癲癇発作により後にノイローゼ状態に陥り、生業能力が減退したという事案である。ＸはＹ（国）に対して、生業能力の減退に基づく収入喪失の損害賠償を請求。第一審はＸの請求認容。Ｙが控訴。控訴棄却。Ｙより上告。ＢＧＨは、定期金の減額を認容。その他については棄却。

【判旨】ＢＧＨは、予防接種によるノイローゼに関して、素因不考慮の原則を示し、原則として加害者が責任を負わなければならないとした上で、生業能力回復のためのリハビリテーションに関して、次のように述べＸの損害軽減義務であるとし、定期金を減額した。「Ｘの健康状態の回復が可能であると思われる期間に対して、定期金は、さしあたり認められない、あるいは、いずれにせよ控訴審裁判所で算定された額で認められることはない。

しかし、例えば必要な処置がＸないし法定代理人の過責によりなされなかった、又はなされないために、可能性のあった回復が生じなかった、又は生じないという期間についても妥当しなければならない。Ｘは、―既に述べたように―例えば原状回復や、あるいはここでは適切なリハビリテーションに参加すべきものである。Ｘが、Ｙと自分自身に対して負うこの義務を有責に違反するのであれば、そのために生業能力が回復され得ない範囲において、Ｘの定期金はＢＧＢ二五四条二項にしたがって減額されなければならない[94]」。

本件は、リハビリテーションに関する事例であるが、ノイローゼのような心因的要因が損害の発生後に寄与して当該

損害が拡大した場合について、被害者の損害軽減義務が考慮されることを判示したものである。本判決によれば、素因不考慮命題が妥当する場合にも、回復の可能性があれば、そのためにリハビリテーションなど有益な措置を講じる必要があるとされ、これが損害軽減義務違反を構成する。すなわち、被害者は、精神的損害の素因に対して責任を負うべきではなく、それゆえＢＧＢ二五四条によっても法的不利益を課されないのであるが[95]、しかし、被害者がノイローゼの誤った方向への展開を克服するために、被害者にとって可能であり、かつ、期待されうる措置を講じたかどうかが審理されなければならないとされ[96]、これを怠ったときには損害軽減義務違反に問われるのである。

（三）学説

以上見てきたように、心因的要因が競合した場合については、被害者にとって可能であり、かつ、期待されうる措置の懈怠が損害軽減義務違反とみなされるのであるが、これは一体どのような内容のものなのであろうか。これにつき、学説では、以下の通りに解されている。

①内面の抵抗力

第一の見解として、被害者の内面の抵抗力を問題とする見解がある。体質的素因についてであるが、すでに、抵抗力の問題が指摘されていた。すなわち、リュアーは、病気または脆弱な被害者であっても、社会秩序の中で行動するのであれば、何人も最低限の身体的抵抗力を奮い起こさなければならないとして、被害者自身の負担を要求し、具体的には、病人は、彼が病気に相応な理性的な態度に相応しく振舞わなければならず、仮に、彼が軽率に認識できる危険に身を晒した結果生じた損害については、彼自身が引き受けなければならない、とする[97]。すなわち、法秩序は、被害者にも最低限の抵抗力および自己規律を要求しているのであり、法律違反者は、不法行為にも関わらず被害者の全危険を引き受けるのではない。被害者には、運命を自ら克服する責務が残されているのである、とする[98]。

以上の理は、心因的要因についても同様である。すなわち、何人でも社会秩序の中で行動するのであれば、最低限の精神的抵抗力を奮い起こさなければならないと言えるのである。したがって、不適切な度を越えた精神的反応がＢＧＢ二五四条の領域に入るとし、また、神経症を克服する可能性をもっている場合には、ＢＧＢ二五四条が適用されるのである。[99]また、ランゲも同様に、賠償神経症に関連して、事故の不適切な消化がＢＧＢ二五四条の領域に属すると主張する。[100]ここで注目されるのは、事故の不適切な消化とその克服の可能性についてである。すなわち、事故体験を適切に消化できていないということは最低限の精神的抵抗力を奮い起こすことに失敗し欲望観念に屈したものと見なされる、つまり、被害者は欲望観念を克服するために期待されうる全ての措置を講じてはいないので、ＢＧＢ二五四条に基づいて被害者が損害軽減義務に違反したかどうかを審理しなければならないとされるのである。[101]

なお、この見解に対しては、共働過責が成立するためには、神経症にかかった者が自分の意思で自分の状態から生ずる要求を制御し、欲望観念に有効に抵抗することができなければならないが、実際上これは存在しない、という批判がある。すなわち、被害者は最低限の精神的抵抗力を奮い起こし、欲望観念を克服すべく措置を講じなければならないのであるが、これは被害者自身が意思的努力により自らの素因を統御する可能性があることを前提としているものと解される。そうすると、そもそも「最低限の精神的抵抗力」を欠いている者にはおよそ自らの素因を統御し克服のための措置を講ずることなどは期待することができず、また、ノイローゼが発症した後には、ノイローゼのゆえに精神的抵抗力が損なわれているのであり、損害軽減の措置を実施する能力が奪われているのである。[102]また、そもそもとして、「適切に体験を消化できる」被害者を侵害したものと加害者が期待することは許されないとも批判されているところである。[103]以上の批判に鑑みると、克服可能性を要件とすると、心因的要因競合事例において被害者の損害軽減義務違反を認めることは困難であろう。

②法益に対する無関心

そこで今日注目されるのは、シーマン（G. Schiemann）の見解である。シーマンは、被害者自身の法益に対する無関心という点に非難可能性を認め、こうした態度こそが自分自身に対する客観的過失であるとする。[104]

シーマンは、被害者自身の態様（Verhalten）が病気とみなされる者に対しても総じて共働過責の非難が唱えられ得るか、という問題を提起する。この点に関して、まず、前掲【D-37】ＢＧＢ一九九六年四月三〇日判決[105]が示した「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない」という帰責の限界ルールは客観的な社会生活上の尺度を基準としたものと理解する。そして、この客観的な社会生活上の尺度という観点からすると、被害者の不法行為体験の精神的に誤った消化は被害者自身の個別的利益をなおざりにしているとして非難可能であるとする。[106]すなわち、シーマンは、こうした態様は、病気に分類されるとしても、自分自身に対する客観的過失という非難を免れないと解し、ＢＧＢ二五四条により損害の分割が可能となると主張するのである。このシーマンの見解によれば、ノイローゼを発症したことは、常に何らかの意思的努力の怠りとして、克服可能性を問題とすることなくＢＧＢ二五四条を適用することが可能となろう。[107]

三　学説の小括

ドイツ法では、体質的素因の取り扱いに関して、一般命題が早い時期から形成され、原則として病的素因は斟酌しないという立場は現在においても変わりがない。病的素因の取り扱いに関する諸学説は、予見可能性や蓋然性、あるいは特別の危険の問題として説明するが、被害者の帰責性という点に共通点がある。諸説は、その根底に、病的素因を有す

る被害者には、病的素因を有するだけでは何ら非難されるべき点がないという思想が見受けられる。
　しかし、病的素因を有する被害者が、自己の素因を認識していながら、あえて危険な行為をした場合には、ＢＧＢ二五四条の共働過責が成立する可能性が考慮されている。判例は、自己の素因を認識していたという点に有責性があるとする。ただし、判例・学説は共働過責の成立にむしろ消極的であり、一般的には素因保有者の一般的行動の自由が強調されている。判例・学説は、体質的素因自体が斟酌の対象となるのではなく、素因保有者の自らの素因に対する認識可能性に着目して、素因保有者の行為・態度を斟酌の対象のすべきことを指摘しているものと解される。
　一方、被害者の心因的要因に関しては、加害行為により生じたノイローゼの問題として、とりわけ定期金ノイローゼの問題として議論されている。ここにおいても、被害者の心因的要因は、体質的素因と同様に、原則として斟酌されないとされる。被害者の特別な精神的脆弱性自体には非難されるべき点がないからである。しかし、心因的要因がノイローゼとして誤った方向へ展開してしまった場合、例えば、ノイローゼを理由として就労しなくなった場合に、結果として生じる所得減損などの結果損害に対しては、この原則は妥当しない。この場合には、むしろ損害軽減義務違反が問われるのである。なぜならば、被害者が、欲望観念を克服するために、「期待されうる」措置を講じたかどうが問題となるからであり、このとき、現実化した被害者の行為・態度が斟酌されるのである。
　上述の損害軽減義務に基づく素因の考慮においては、結果の「回避可能性」及び結果回避行為の「期待可能性」が重要な役割を果たしている。そして、そのように解すると、克服可能性や意思的努力といったものが問われることとなるが、このとき、克服可能性を要求する限り、被害者の損害軽減義務違反を認定することは非常な困難を伴い、実際に認められることは難しいであろう。しかし、過失をより客観化し、損害軽減義務の射程を拡大することもできよう。すなわち、素因保有者は、自らの法益については自分自身で第一に責任を負わねばならず、それゆえに自己の法益に対して

は無関心でいることは許されない。そうすると、心因的要因によって損害が発生・拡大した際には、素因保有者自身の個人的法益をなおざりにしているとして非難可能な場合もありうる。そのような場合には、自分自身に対する客観的過失という非難が免れないと解され、また克服可能性を問わない形で損害軽減義務を判断することができよう。

### 第三款　素因と共働過責に関する小括

本章では、ドイツ法における共働過責制度及び共働過責と素因斟酌との関連について考察してきた。最終的に、ここまでで明らかになったことを総括してみよう。

一　ドイツ法共働過責について

（一）ＢＧＢ二五四条は共働過責制度の規定である。この制度の基本思想は損害の分配である。完全賠償主義の修正のための条項であると理解される。

また、ＢＧＢ二五四条は、第二項第一文に、警告義務、損害防止義務、損害軽減義務を規定する。そのうちの損害軽減義務は、損害がすでに発生していることを前提とする点に特徴を有する。損害軽減義務は、損害の拡大を回避すべき義務として理解されている。その法的効果は、損害賠償請求権の割合的縮減である。

（二）立法過程によると、共働過責制度は、完全賠償主義の修正を主たる目的としていたようである。これは現行法において、被害者の過責に基づく損害賠償額の割合的縮小という形で実現されている。もっとも、被害者の過責の具体化は図られておらず、具体化、理論下は立法後の課題であった。

損害軽減義務がはじめて規定されたのは、第二草案二一七条である。この時点で、損害の展開全ての段階において被害者の過責を考慮することが可能となった。しかし、この点についても何ら具体化は図られず、立法後の議論を待つことになったのである。

二　共働過責の法的性質

共働過責の法的性質は、被害者の過責の法的性質の問題である。法的性質に関する学説は、㈠自分自身に対する過責説、㈡法的義務違反説、㈢矛盾行為禁止の原則説、㈣オブリーゲンハイト違反説が挙げられる。諸説を概観すると、㈡法的義務違反説を除いて、いずれの説も被害者の行為を法的義務違反ではないとする。そのように構成することで、二五四条が割合的損害賠償請求権の縮小という法的効果しか持たないことと調和させている。この法的効果を的確に捉える説は、㈣オプリーゲンハイト違反説である。この説は、加害者には義務の履行請求権、訴求・執行可能性、賠償請求権がないこと、そして違反時には損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるという点を整合的に説明するために、保険法の概念である「オプリーゲンハイト」という概念を導入する。しかし、提唱者であるシュミットが述べるように、根本思想は矛盾行為禁止の原則（venire contra factum propirum）にある。であるからして、結局のところ、㈢矛盾行為禁止の原則説と異ならないという評価が成り立ちうる。

また、諸説は、ＢＧＢ二五四条の「過責」という文言から出発して、被害者の非難可能性というアプローチから様々な構成を試みているが、現在のところ決定的な構成は見られない。また、被害者の過責と損害賠償請求権の縮小という法的効果を結合させて説明しておらず、両者の関連性は不明確のままである。

三　ＢＧＢ二五四条における損害軽減義務

損害軽減義務の特徴は、①損害がすでに発生していることを前提とする点、②回避可能な部分の損害について加害者の賠償義務を割合的に制限する点、③賠償請求権の割合的縮小という法的効果しか持ち得ない点にある。内容については、個々の事案の具体的な事情によって判断するしかないのであるが、判例の蓄積により、若干の具体的義務が構築されている。治療義務、手術義務及び就労義務である。その際の判断基準は「期待可能性」である。つまり、ドイツ法では、損害の拡大を防止するために被害者にとって何が期待されうるか、という判断基準を立てる。そして、「期待可能性」の判断においては、個々の事案の事情が決定的な役割を果たしており、その事情も、客観的事情のみならず、被害者の精神状態といった主観的な事情も考慮される。そのため、被害者の心因的要因の問題も、期待可能性を軸として考慮されるのである。

四　損害軽減義務と素因斟酌

（一）ドイツ法では、病的素因の取り扱いに関して、「虚弱な者に対して不法行為をなしたものは、健康な者に加害行為をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない」という命題が、判例・学説により形成されており、病的素因は原則として斟酌されない。しかし、判例は、被害者が病的素因を認識しながら危険な行為をした場合に、ＢＧＢ二五四条により共働過責として斟酌されるとし、学説もこれを一般的に承認している。被害者が、自己の病的素因を認識している場合には、回避措置を講じるべきであると見なされ、自己危惧化行為として被害者の共働過責が成立するのである。

（二）被害者の心因的要因に関して、ドイツ法ではノイローゼの問題として論じられている。とりわけ定期金ノイロー

ゼの場合に論じられている。ここにおいても、体質的素因と同様に原則として斟酌されないとされている。しかし、被害者は、ノイローゼ症状を克服するために、被害者にとって可能であり、期待されうる措置を講じたかどうかが問題となることがある。この問題は、損害軽減義務の基準である「期待可能性」で判断される。したがって、被害者のノイローゼ症状は、主観的事情として期待可能性の判断に際して考慮されることとなる。このとき、期待可能性の判断に際しては、素因保有者の克服可能性や意思的努力が問題となるのであるが、今日では、被害者の主観的事情を個人的法益に対する無関心と解し、これを自分自身に対する客観的過失として共働過責を成立させる見解が注目される。

## 第五節　ドイツ法における素因の考慮場面についての小括

それでは、最後に、本章において考察してきたことを敷衍しておこう。

### 一　仮定的因果関係論による素因の考慮とその問題点

仮定的因果関係論において、素因を予備的原因として、加害行為がなかったとして、その将来的推移を仮定し、ある時点において素因が現実化したであろうことが証明されるならば、加害者の責任は時間的に修正される。これは、素因不考慮命題の責任の全か無か判断という硬直性を修正しうるものとして評価できる。

しかし、仮定的因果関係での判断でも、硬直性は免れていない。なぜなら、仮定的「時点」によって賠償義務を定めるものであり、仮定的時点以降については賠償義務が完全に排除されることとなる。すなわち、ある時点をもって責任の全か無かという判断がなされてしまうことになり、この意味でやはり硬直性が認められよう。

また、予備的原因の実現についての証明責任は加害者に課せられているが、その証明度は「確実というに近い程度の蓋然性」というように、非常に高度な証明が求められる。かつ、加害者が証明に失敗すれば、素因不考慮命題が適用され、加害者は全範囲において責任を負うこととなる。このように考えると、予備的原因として素因が考慮されうるとしても、加害者は非常に不利な状況にあったといえる。

もちろん、学説では、加害者側の証明の軽減を図るべくＺＰＯ二八七条の証明度の軽減の規定の適用が主張されていたところ、前掲【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決[108]は、同条を適用することによって、加害者側の証明度の軽減を図る判断を示しており、加害者側の証明の困難という問題は、一応解消されたといえよう。

しかしながら、同判決は、加害者側の証明度の軽減を図るとともに、ＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条を併用適用することにより逸失利益の割合的認定も可能であることを示した。近時の下級裁判例において、この法理は採用されているようであるが、この法理は問題を孕んでおり、直ちに正当化することは困難である。というのも、ＺＰＯ二八七条を適用することにより証明度を軽減することが、直ちに割合的認定を正当化することにはならないからである。ＺＰＯ二八七条は、訴訟法規定であり、あくまでも証明度の軽減を定める規定であるところ、逸失利益の割合的評価は実体法上の規範的評価でなければならず、ここに理論的な飛躍が見られる。ヘス（R. Hess）[109]は、事実審裁判官の自由裁量に委ねられるとするが、仮定的事実の証明度をいくら軽減したところで、加害者側の証明の負担が軽減されるという効果が期待されるにすぎないのであるから、事実審裁判官が行う規範的評価に際して、ＺＰＯ二八七条を用いたとしても、実体法上の判断には何らの効果も期待され得ないと解される。やはり、決して逸失利益の割合的認定には理論的に結合し得ないのである。そうであるならば、別の解決方法を模索すべきであり、実体法上の規範としては、ＢＧＢ二五四条の適用が考えられるのである。

## 二　BGB二五四条の共働過責の規定の適用と素因との関係

前提として、体質的素因（病的素因）も心因的要因も、それ自体としては斟酌の対象とはならないことは、共働過責の議論において明らかである。その意味では、素因不考慮命題は、貫徹されていると言える。

その一方で、素因保有者の素因に対する認識可能性という観点から、共働過責が問われることは認められているところである。ただし、過度に共働過責を考慮することには消極的姿勢が見られる。なぜならば、共働過責を強調しすぎると、素因保有者の一般的行動の自由・社会参加の自由が阻害されることとなりうるからである。一般的行動の自由・社会参加の自由という観点からすると、共働過責の斟酌の場面においても、素因不考慮命題の基本思想が共通項として現れており、かえって、ドイツ法における素因不考慮命題の強さを伺い知ることができるであろう。

それでは、体質的素因（病的素因）と心因的要因とにおいて、被害者の共働過責が考慮される要件を考えてみると、体質的素因については、基本的に素因保有者の素因に対する認識可能性、そこから発生する素因保有者の行為統制義務という形で共働過責が認められることとなろう。この場合、「期待可能性」が問題となるが、一般的な健常人ではなく、あくまでも被害者その者、すなわち素因保有者として「期待可能性」が問われるということが注目に値しよう。健康な者と素因保有者との比較ではないのである。

次に、心因的要因については、損害発生に際しての共働過責ではなく、発生した損害を拡大させない損害軽減義務が問題となっている。というのは、心因的要因は、発生した損害に対する対応の不適合により損害が誤った展開をする一要因となるからである。ただし、心因的要因は多分に被害者の主観面に関わるものであり、共働過責としてどのように処理するかは問題となる。このとき、損害軽減義務の判断に際して、克服可能性や意思的努力が要求されることが多いが、克服可能性を要求する限りでは、損害軽減義務違反を認定することは困難である。

その点、シーマンの提唱する、素因保有者の自らの個別的法益に対する無関心という点に非難可能性を見て、客観的な社会生活上の観点から共働過責として斟酌するという理論が示唆に豊む。この理論によれば、自らの個別的法益に対する無関心という点において、意思的努力の懈怠が認められ、克服可能性を問うことなく、共働過責を客観的にとらえることが可能となり、かつ、その射程は拡大されうる。そうすることにより、素因不考慮命題とのバランスが図られることとなろうし、柔軟な解決も図ることができるものと考えられる。

## 第五章　素因減責論再考

本章では、これまでの検討の結果得られた知見をもとに、わが国の素因減責論の再考を試みる。その前提として、まず、第二章〜第四章で考察したドイツ法における議論状況を総括し、次いで、わが国における素因減責論を各論点ごとに再考し、素因の取り扱いについて提言を試みたい。

### 第一節　ドイツ法における議論状況の総括

#### 第一款　素因不考慮命題の意義

ドイツ法では、【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決が「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない」という表現で素因不考慮命題を打ち出して以来、ＢＧＨが引き継ぎ、

現在においてもなお判例法理として確立している。そして、判例・学説によると、素因不考慮命題は、病的素因のみならず精神的脆弱性についても妥当する原則である。

これまでの検討で確認されたのは、第一に、その文言からも明らかであるが、素因不考慮命題は健康な者と素因保有者との比較考慮を積極的に否定したものだということである。つまり、損害の帰責判断に際しては、「標準的な健康人であったならば、損害は発生したか、または拡大したか」という問いを立てることは許されないのであって、あくまでも、被侵害対象そのものの状態を基準として帰責判断を行わなければならないのである。

それでは、ドイツ法においては、なにゆえ素因不考慮命題によって健康な者と素因保有者との比較考慮を否定するのかというと、素因保有者の社会参加の自由（行動の自由）を保障するためであった。素因保有者が社会に参加する場合、その者は素因というリスクを抱えているため、必然的に健康な者よりも損害を被る可能性が高い。それどころか、健康な者に比べて損害がより大きなものとなることは容易に想起される。この場合、素因不考慮命題がなく、素因のリスクは素因保有者自らが全て負担しなければならないとすると、素因保有者の社会参加の自由は健康な者に比して阻害されることとなる。このような素因保有者にとって不利な状況を避けるという意味において、素因不考慮命題は意義を有している。

他方で、素因保有者の社会参加の自由を保障するために、素因のリスクを加害者に転嫁することが許されるか、という問題も生じる。加害者もまた被害者と同様に、社会参加の自由は保障されるべきなのであり、ここで加害者の社会参加の自由と被害者のそれとが衝突する。この問題について、素因不考慮命題は次のように解される。すなわち、加害者の社会参加の自由が保障されるべきは当然であるところ、素因不考慮命題に従えば、加害者は素因保有者の素因のリスクを引き受けることとなり、この意味において加害者の社会参加の自由は阻害されることとなるが、法秩序に従えば、

加害者はそもそも違法行為をしてはならず、また危険責任の観点からも危険を創出しないよう振る舞わなければならないので、比較において素因保有者たる被害者の社会参加の自由が優先することとなる。素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由の保障に立脚した原理であると解されよう。

### 第二款　素因不考慮命題の限界

第二章第三節第二款で裁判例の検討において確認したように[110]、素因不考慮命題の適用範囲は非常に広いものであり、帰責性が否定されるのは、極めて例外的な場合に限られていた。本稿における裁判例の検討によると、その素因不考慮命題の例外は、最低限の抵抗力に求められていることが明らかとなった。すなわち、素因不考慮命題により社会参加の自由が保障されている素因保有者であろうとも、社会に参加する以上、最低限の身体的、精神的抵抗力が求められるのである。なぜなら、社会は完全に無害ではなく、かつ、加害者もまた同様に社会に参加しているため、被害者の社会参加の自由と加害者のそれは、最低限の抵抗力という点で調整されるからである。最低限の抵抗力を下回った場合には、その限りにおいて素因保有者は法的保護を与えられないこととなるが、ドイツの損害賠償法は、最低限の抵抗力を下回った場合についてまで保護を予定しておらず、「保護」法益の侵害とは見なさないのである。素因不考慮命題の限界はこの点に見出される。

### 第三款　素因不考慮命題に関する法律構成

素因不考慮命題は、法理論としては、損害の帰責、とりわけ責任充足的因果関係に関する法命題である。当初、素因不考慮命題は、相当因果関係理論により構築されていた。素因によって発現した損害について、予見可能性の有無によって帰責判断が行われていたが、素因競合事例において、被害者が素因を有しているか、素因によって損害が発生・拡大するかということは、おおよそ予見可能性がありえないところ、予見可能性を延長する形で素因不考慮命題は説明されていた。しかし、予見可能性を延長することで相当因果関係理論の本来的役割である責任制限の役割が果たされなくなることから、今日では、保護目的説（規範目的説）によって基礎づけられるに至っている。そして、保護目的説によると、素因不考慮命題の限界である、最低限の抵抗力を下回ったことについては、保護範囲外である、ないし、一般生活上の危険の現実化として位置付けられる。

第四款　素因不考慮命題の問題点

素因不考慮命題は、損害の帰責原理である。つまり、加害者は責任を負うか否かの判断に際して妥当する原理であり、その判断は全か無かである。素因不考慮命題によると、素因というリスクは、加害者が全て負うかあるいは素因保有者自身が全て負担するかの二者択一的な解決となり、解決としては画一的なものとならざるを得ないという問題点がある。また、素因による損害について、保護範囲外ないし一般生活上の危険の現実化に割り当て、帰責性を排除したところで、素因競合事例においてはまさに競合故に一個の損害が生じているわけであるから、加害行為による部分と素因による部分との区分は困難である。

したがって、ドイツ法では、素因不考慮命題の適用を認めた上での別の考慮が試みられているのである。すなわち、

素因の将来的展開を考慮する仮定的因果関係論による時間的修正と素因に対する統制義務を媒介とした共働過責の考慮である。

### 第五款　仮定的因果関係論による減免責

ドイツでは、従来から判例・学説上、「素因事例」として、仮定的因果関係論において素因は予備的原因として考慮されることが認められていた。このとき、素因が予備的原因として考慮されることの効果は、「早められたことによる損害」のみの帰責である。これが意味するのは、予備的原因の実現時以降の賠償義務の完全な排除である。予備的原因たる素因が、ある時点以降において加害行為と同等の状態をもたらしたことが証明されれば、当該時点以降について賠償義務が免除される。この意味において、素因不考慮命題の硬直性は、時間的に修正されることとなる。

しかしながら、仮定的因果関係論は、時点をもって賠償義務の成否が判断されることとなるため、なお柔軟性にかけるといえる。また、予備的原因の実現についての証明度は確実というに近い程度の蓋然性が要求されることから、加害者の証明の負担は重い。そのうえ、この証明に失敗した場合には、素因不考慮命題が適用された結果と同様に加害者は全責任を負うこととなる。

こうした問題点があるため、近年【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決は、ＺＰＯ二八七条の適用による証明責任の軽減を打ち出した。さらに、当該ＢＧＨ判決は、証明度の軽減のみならず、素因の将来的展開を考慮した逸失利益の割合的控除をも認めている。仮定的因果関係における加害者側の証明の軽減を図るという意味では、当該理論は正当なものとして評価し得るが、証明度の軽減により逸失利益の割合的控除を導く点については、理論的に飛躍があると

思われるし、学説も異論を唱えるところであった。ただし、方向性として、柔軟な解決を目指している点については、素因不考慮命題の硬直性に鑑み、正当であると思われる。また、学説において、シーマンが、ＢＧＨの示した証明度の軽減による割合的控除に代えて、ＢＧＨ二五四条の共働過責による素因の考慮を展開したことが注目される。

### 第六款　素因に対する統制義務を媒介とする共働過責

判例・学説においては、素因不考慮命題に関連して、共働過責の成否が問われるべきであることが従来より指摘されていたところであり、法制史的には、結局頓挫したが、立法論として、被害者の素因を損害賠償の軽減事由と位置づけられることもあった。

学説では、素因に対する統制義務の観点から、ＢＧＢ二五四条の範囲内で被害者の体質的素因を考慮しようとすべきことが主張されている。この見解は、自分の体質的素因を認識していたか、事前に有責な出来事（事故）が存在したかどうか、という観点から、共働過責の成否を通じて素因を考慮するものである。したがって、被害者が自己の体質的素因を認識している場合には、回避措置を講じるべきであると見なされ、自己危殆化行為として共働過責が成立すると解されている。

心因的要因についても、共働過責が考慮されるべきことが主張されている。この心因的要因は、ノイローゼとして問題になることが多いのであるが、その場合、加害行為と損害との間に著しい不均衡が生じるのはノイローゼ状態にある被害者の内面的要素が多分に寄与しているからである。この内面的要素は、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化として表現されるが、これについて、被害者にはノイローゼ状態を克服することが要請される。これは特に損害軽減義

務からの要請である。被害者は、ノイローゼ状態を克服するために、被害者にとって可能かつ期待されうる措置を講じなければならないとされる。これに対して、シーマンは、被害者の内面的要素を自らの法益に対する無関心と捉え、これを自分自身に対する客観的過失と構成する。このように解すると、被害者の心理的状態をもって意思的努力の懈怠とみなすことができ、克服可能性を問うことなく、共働過責を客観的に把握することができ、その適用範囲も拡張されることとなろう。この見解によれば、客観性を伴った形での柔軟な解決が可能となり、また、素因不考慮命題とのバランスも調整されうるものと思われる。

なお、素因競合事例においては、被害者の共働過責の成立は積極的に認められているわけではない。共働過責の判断に際しては、素因保有者の一般的行動の自由が強調されており、この点において、素因不考慮命題の背景にある、素因保有者の社会参加の自由の保障との共通点が見出される。

（1）*Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 315f.; *Oetker, Hartmut*, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, 6. Aufl., 2012, § 254 Rn. 50. 窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）二七頁。

（2）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479f.

（3）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 34.

（4）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 1.

（5）平井宣雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）二四頁以下参照。

（6）ＢＧＢ二四二条〔信義誠実に適った給付〕「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。」条文訳は、椿寿夫『ドイツ債務法』（日本評論社、一九八八）七頁による。

（7）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

（8）*Esser, Josef /Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S. 224ff.

（9）*Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 577; *Mertens, Hans-Joachim, Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1990, § 254 Rn. 62; *Grüneberg, Christian, Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., 2011, § 254 Rn. 36; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68..

（10）*Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 76; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

（11）損害軽減義務は、英米法において"Avoidable Consequences"あるいは"Mitigation"の法理として多くの議論の蓄積がある。この点につき谷口知平教授がかつてアメリカ法を素材として損害軽減義務を考察し、過失相殺の法理の活用を主張されたのをはじめ、すでに債務不履行の分野においては、英米法損害軽減義務を題材として、多数の分析・導入が図られている。谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」『我妻先生還暦記念　損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、一九五七）二三三頁以下、二五五頁。また、齋藤修「過失相殺・損害軽減義務違反・損益相殺」法教二三一号（一九九九）一六、一七頁、大西邦弘「不法行為法における損害軽減義務―債権法（不法行為法）改正への基礎調査としてのイングランド法研究―」廣島法学三四巻一号（二〇一〇）一七頁、長谷川義仁『損害賠償調節の法的構造』（日本評論社、二〇一一）九七頁以下も参照されたい。

（12）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.

（13）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.

（14）長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』（三）」駿河台法学三巻二号（一九九〇）八三頁以下、橋本佳幸「過失相殺法理（一）、（二）」論叢一三七巻二号一六頁、四号一頁が詳しい。

（15）部分草案一三条：Ist ein Schaden durch das Zusammentreffen fremder Verschulden und eigener Nachlässigkeit des Beschädigten verursacht worden, so hat der letztere nur insoweit Anspruch auf Schadenersatz, als dies nach richterlichen Ermessen dem betreffenden Verhältniss entspricht.

（16）*Jacobs, Horst Heinrichs/Schubert, Werner* (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen: Recht der Schuldverhältnisse I [§§ 241 bis 432], 1978, S. 114（以後

Beratung とする).

(17) 長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』（四・完）―ローマ法からドイツ民法典の成立まで」駿河台法学四巻一号（一九九〇）八六頁。

(18) *Schubert, Werner* (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommision zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse Teil 1〔Allgemeiner Teil〕, 1980, S. 58.

(19) *Schubert*, a.a.O. (Fn. 18), S. 58.

(20) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）八六頁。

(21) フォン・ヴェーバー（von Weber）委員（ドレスデンの上級控訴裁判所判事・ザクセン代表）は、「普通の注意（gewönliche Sorgfalt）」に代えて「通常の家父の注意（Sorgfalt eines ordentliche Hausevater）」を置くことに違いはあるが、プランク委員と同旨の動議を提出している。Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 114.

(22) Protokolle der〔1.〕Kommission für Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs（1881-1889）, S. 1022.; Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 115.

(23) 第１草案二二二条；Hat bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens, mitgewirkt hat, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatze verpflicht sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten hat.

(24) この点に関しては、*Honsell, Thomas,* Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977, S. 69ff. を参照。

(25) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）八八頁。

(26) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）九〇頁。

(27) ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条；Inwieweit eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, welche bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung desselben, mitwirkt hat, den Ersatzanspruch ausschliesst, hängt von den Umständen des Falles, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem

einen oder (dem) anderen Theile verursacht (worden) ist.

(28) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）九三頁。

(29) Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 116f.

(30) 第二草案二二七条；Hat bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur durch Unterlassen der Abwendung oder Minderung desselben, ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze soweit der Umfang des zu leistenden Ersatzes von dem Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

(31) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）九三頁。

(32) *Honsell*, a.a.O. (Fn. 24), S. 80.

(33) 連邦参議院提出法案二四九条；第一項 Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitwirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze soweit der Umfang des zu leistenden Ersatzes von dem Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

　第二項 Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des §272 findet entsprechende Anwendung.

(34) Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 117f. 第一項は連邦参議院提出法案二四九条と変わりないので、ここでは第二項のみを掲げておく。第三草案二四八条の修正；第二項 Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gafahr eines ungewönlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des §272 findet entsprechende Anwendung.

(35) *Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich Ⅱ, 1979, S. 519.

(36) *Zitelmann, Ernst*, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I : Allgemeiner Teil, 1900, S. 152f., 166ff.

(37) *Zitelmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 152f., 166.

(38) *Zitelmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 169.

(39) Z.B. RGZ 100, 42, 44; 149, 6, 7; BGHZ 3, 46, 49; 9, 316, 318f.

(40) *Larenz, Karl,* Schuldrecht Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 540.

(41) *Venzmer, Kurt J.*, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960.

(42) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 118ff.

(43) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 58.

(44) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 89.

(45) *Weidner, Ulrich*, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 9; *Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band I Teilband 2, 7.Aufl., 1993, S. 258.

(46) *Weidner*, a.a.O. (Fn. 45), S. 9f. Vgl. auch *Esser, Josef,* Schuldrecht Band I , 4.Aufl., 1970, S. 329.

(47) *Rother, Werner*, Haftungsbeschrängung im Schadensrecht, 1965, S. 82.

(48) *Adriani, Hans*, Der Schuldbegriff in §254 BGB, 1939, S. 22f.

(49) ＢＧＨは、一九六一年の判決において、二五四条は、矛盾行為の効果に関する、二四二条に根拠を有する原則に依拠しており、損害賠償法についてこの原則をより詳細に表出していると判示した（BGHZ 34, 355, 363f. = JZ 1961, 602, 604.）。

(50) *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40), S. 541.

(51) 奥田昌道『債権総論（上）〔現代法学全集一八Ｉ〕』（筑摩書房、一九八二）二二二頁は、これに「間接義務」という訳語をあてるが、オブリーゲンハイトは義務とは異なる概念であるため、本稿ではこの訳語について留保する。

(52) *Schmidt, Reimer*, Die Obliegenheiten, 1953.

(53) Z.B. *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40); *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), §254; *Schiemann, Gottfried*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, §§249-254, 2005, §254; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), §254; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), §254, usw.

(54) *Schmidt, Reimer*, a.a.O. (Fn. 52), S. 168ff.

(55) *Schmidt, Reimer*, a.a.O. (Fn. 52), S. 105f., 109ff.

(56) Z.B. *Esser*, a.a.O. (Fn. 46), S. 329; *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 45), S. 259; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 552.

(57) *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn.20.
(58) *Wieling, Hans Josef*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176, 1976, S. 347.
(59) *Esser*, a.a.O. (Fn. 46), S. 329ff.; *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 45), S. 258, 261は、被害者自身の領域に対する危険責任という方法で、損害寄与についての被害者関与に対する根拠を認める。
(60) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 58.
(61) *Adriani*, a.a.O. (Fn. 48), S. 22f.
(62) なお、ドイツ契約法における損害軽減義務については、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務：履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会、二〇一〇）一六九頁以下が詳しい。
(63) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.
(64) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.
(65) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 576.
(66) BGHZ 4, 170.
(67) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 81; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 68; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.
(68) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.
(69) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 577; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 81; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.
(70) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38. BGH NJW 1986, 777, 779 = VersR 1986, 240, 242.
(71) BGHZ 10, 18, 22 = NJW 1953, 1098; OLG Oldenburg NJW 1978, 1200, 1201; BGH VersR 1987, 408, 409.
(72) BGHZ 10, 18, 22 = NJW 1953, 1098. *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578; *Esser/Schmidt* a.a.O. (Fn. 45), S. 284; *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40), S. 543f.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 83; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 69; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 80.
(73) BGHZ 10, 18 = NJW 1953, 1098; OLG Hamm VersR 1960, 859; BGH NJW 1984, 354 = VersR 1983, 488; BGH NJW 1991,

1412; OLG Karlsruhe VersR 1998, 1115; BGH NJW 1998, 3706. *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 84; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 70; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 39; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 82.

（74）BGHZ 10, 18, 22; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 39.

（75）BGH NJW 1953, 1098; VersR 1961,1018; OLG Nürnberg VersR 2009, 1079. *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 40.

（76）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578f.

（77）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 481; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 42; *Stüner, Rolf*, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, JZ 1984, 416.

（78）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 315f.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

（79）VersR 1981, 1057, 1058.

（80）NJW 1982, 168.

（81）VRS 72 (1987), 403,406.

（82）*Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 9.Aufl., 2001, S.62; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 131; *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S.315f.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

（83）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 316; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

（84）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 315f.

（85）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), § 3 X 2, S. 131; *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 316; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

（86）最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁。

（87）前掲【D-1】RGZ 155, 37.

（88）前掲【D-20】BGHZ 20, 137 = NJW 1957, 1108.

（89）拙稿「損害賠償法における素因の位置（四）」北大法学論集六三巻三号（二〇一二）七〇六頁以下、とくに七一二頁以下

を参照されたい。

(90) BGH NJW 1986, 777. *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478.

(91) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478ff.

(92) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478.

(93) BGHZ 132, 341ff.

(94) VersR 1970, 272, 274.

(95) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479.

(96) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 38, § 254 Rn. 39; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), Vor § 249 Rn. 71.

(97) *Lüer, Hans-Jochem*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig gebangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S.139.

(98) *Lüer*, a.a.O. (Fn. 97), S.140.

(99) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 249 Rn. 191f.

(100) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff. auch *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 249 Rn. 41f.

(101) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 481; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 42; *Stüner*, a.a.O. (Fn. 77), 416.

(102) BGH NJW 1986, 777. *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479f.

(103) *Medicus, Dieter*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, 12.Aufl., §§ 249-254, 1980, Rn.56.

(104) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 249 Rn. 42.

(105) BGHZ 132, 341.

(106) *Schiemann, Gottfried*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 - VI ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684ff.

(107) 塩原真理子「心因的要因が競合して発生した損害の帰責と賠償範囲―最近のドイツ裁判例を素材として―」東海法学四〇号（二〇〇八）一四四頁。

(108) BGHZ 137, 142.

(109) *Heß, Rainer*, Haftung und Zurechnung psychischer Folgeschäden, NZV 1998, 402, 403f.

(110) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（一）」北大法学論集六二巻五号（二〇一二）一一六五頁以下を参照されたい。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 64 No. 5 (2014)

SUMMARY OF CONTENTS

# Territoriale Herrschaft und Hegemonie der Pfalzgrafen bei Rhein im deutschen Spätmittelalter (Teil III)

Masaki TAGUCHI

Die Abhandlung überblickt die Aspekte der territorialen Herrschaft und Hegemonie der Pfalzgrafen bei Rhein während des Spätmittelalters, um damit jenem Typ vom Territorienaufbau mehr Aufmerksamkeit zu geben, der in der Gemengelage der rivalisierenden kleineren Herrschaften von den Territorialherren langsam durchgeführt wurde. Der vorliegende dritte Teil behandelt zuerst die Residenzbildung in Heidelberg und die Entwicklung des kurpfälzischen Hofes zum kulturellen Zentrum. Heidelberg erreichte unter dem Pfalzgrafen Ruprecht I. eine entscheidende Stufe der Residenzbildung und etablierte sich im Laufe des 15. Jahrhunderts als Zentralort mit dem Residenzschloss, den Behörden und den religiös-wissenschaftlichen Brennpunkten. Die frühe Blüte des Humanismus in Deutschland fand sich in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts am Hof der Pfalzgrafen, in dem die Humanisten und die anderen Gelehrten nicht nur rege kulturelle Tätigkeiten entfalteten, sondern auch zur Legitimierung der pfälzischen Herrschaft beitrugen. Die Abhandlung beschreibt dann andere Herrschaftsmittel der Pfalzgrafen, nämlich Universität Heidelberg, regionale Verwaltung und Finanz, Kirchenpolitik, Heerwesen und Gesetzgebung. Die Gründung der

* Professor of School of Law, Hokkaido University

Universität Heidelberg war eher aus den Interessen der Dynastie zu erklären und die Tendenz zur territorialen Universität wurde erst im 15. Jahrhundert immer deutlicher. Die Entwicklung der Amtsverfassung auf der örtlichen Ebene brachte den Pfalzgrafen tiefere Durchdringung in die lokale Gesellschaft und beschleunigte sich in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts. Etwa in gleicher Zeit zeigten die Kirchenpolitik, das Heerwesen und die Gesetzgebung der Pfalzgrafen ebenfalls wesentliche Fortschritte.

論　説

# 物的権利関係の準拠法と運送証券の発行

嶋　拓　哉

## Ⅰ．はじめに

現代の取引社会においては、一の取引目的を達成するために複数の契約が締結される現象が常態化している。こうした現代的な取引形態は「複合取引」とか「複合契約」と呼称されるが、従前は、主として実質法の観点から、これら取引形態が契約の相対効の原則および自律性の原則との間で惹起する、緊張関係を中心に論じられてきた[1]。もっとも、抵触法の領域おいても、複合取引および複合契約（以下「複合取引」という）の存在が顧みられなかったわけではない。複合取引の準拠法について体系的な議論が展開されてきたわけではないが、複合取引に顕著に現れる個別事象を巡り抵触法の視点から多様な見解が示されてきたのも事実である。例えば、契約債権と法定債権の競合時の準拠法決定、および物権準拠法と債権準拠法の交錯等は、複合取引の進展に伴い重要性を帯びて

---

[1] 実質法の観点から複合取引の法的構造を分析するものとして、都筑満雄先生の一連の研究業績がある。幾つか例示すると、都筑満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、2007年）、同「複合契約中の契約の消滅の判断枠組みと法的根拠に関する一考察－複合契約論考・その二」南山法学33巻1号1頁以下（2009年）、同「複合契約中の契約の消滅の判断枠組に関する序論的考察：フランスにおけるコーズの主観化に関する判例の分析を中心に－複合契約論考・その一」松久三四彦ほか編『藤岡康宏先生古稀記念論文集・民法学における古典と革新』（成文堂、2011年）293頁以下等。

きたテーマであるが、これら論点については既に相当の研究蓄積が存在する[2]。

本稿では、複合取引の準拠法を論じる端緒として、運送証券が発行された場合における目的物の物的帰属を巡る問題に関して、抵触法上の検討を行うことを主眼に据える。通常、国際的な売買取引の実施に当たって目的物を海上輸送する必要が生じるが、その際、運送人から荷送人に対して運送証券が交付される。比較法的に見ても一般に、運送証券には物権的効力が認められており、運送証券の所持人は運送目的物の占有者と同等の法的主張を行うことが出来ると考えられている[3]。そうであれ

---

[2] 飽くまで一例であるが、契約債権と法定債権の競合時における準拠法決定のあり方を論じるものとして、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』（有斐閣、2002年）がある（特に、同書33頁以下、145頁以下）。また、物権準拠法と債権準拠法の交錯の具体例としては、所有権返還請求に関連して生じる損害賠償請求権および費用償還請求権の準拠法の問題や、物品の取戻権および引渡差止権の準拠法の問題等があるが、これら問題の裁判例および学説の状況を概観するものとして、櫻田嘉章「物権準拠法の適用範囲」澤木敬郎＝烁場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）113頁以下がある。

[3] わが国では、商法575条が貨物引換証の物権的効力を規定しており（貨物引換証ニ依リ運送品ヲ受取ルコトヲ得ヘキ者ニ貨物引換証ヲ引渡シタルトキハ其引渡ハ運送品ノ上ニ行使スル権利ノ取得ニ付キ運送品ノ引渡ト同一ノ効力ヲ有ス）、国際海上物品運送法10条では、この商法575条の規定を船荷証券に準用している。ドイツではHGB448条、スイスではZGB925条２項にそれぞれ、これと同旨の実質法規定が設けられている（ドイツについてはT.Heidel/A.Schall (Hrsg.), HGB Handkommentar (Nomos, 2011), §448 Rdn.1 [T.Wieske]を、スイスについてはA.Meier-Hayoz (Hrsg.), Sachenrecht, Schweizerisches Privatrecht V/1 (Helbing&Lichtenhahn, 1977), 441f. [H.Hinderling]; P.Tuor/B.Schnyder/J.Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. (Schulthess Polygraphischer, 1995), 608-609を各々参照）。また、コモンローにおいても「運送証券の譲渡は、その譲渡の当事者がかかる意図を有する限りは、譲渡人から譲受人に対して物品の所有権（property in the goods）もしくは擬制占有（constructive posession）を移転させる機能を有する」として、同じく物権的効力が認められている（G.Treitel/F.M.B.Reynolds, Carver on Bill of Lading (Sweet&Maxwell, 2001), §6-019; S.Gilvin, Carriage of Goods by Sea, 2nd ed. (Oxford Univ. Pr., 2011), §8.01ff.）。

ば、運送証券を取得した者がその物権的効力を根拠に目的物の引渡しを求める場合があり得るが、その場合に、請求の可否判断を決する準拠法如何という問題が生じるであろう。更に言えば、目的物の帰属を巡って、目的物そのものを取得し自己にその所有が帰属する旨を主張する者と、運送証券を取得したことを以て自己にその所有が帰属する旨を主張する者とが対立する事態も想定し得る。この場合を含めて、複数の者が目的物につき物的な権利を主張するのであれば、その優先関係を決するための準拠法を如何に決定するかという問題が生じることになる。

また、運送証券の物権的効力が問題となる局面においては、その目的物がいわゆる「運送中の物（res in transitu）」であり得るが、上記の問題を処理するに当たっては、運送中の物につき、物的権利関係の準拠法をどのように決すればよいかという問題が付随的に生じ得る。この場合の準拠法を仕向地法とするのがわが国における通説的な理解であるが、果たしてその根拠が、現在学説が唱えるようなもので十分かについては検討の余地があろう。加えて、ドイツ等では、運送中の物につき物的権利関係の準拠法を決するに当たって、仕向地法を支持するものも含めて複数の見解が提示されており、これら見解の比較検証も未だ十分ではないように思われる。本稿では、付随的ではあるが、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法についても言及を行う。

## Ⅱ．運送証券発行時における物的権利関係の準拠法

### 1．日本

#### （1）学説

運送中の物について、運送証券が発行されている場合に、証券取得者がその物権的効力を根拠として運送目的物の引渡しを求める場合があり得る。また、運送証券取得者や目的物の直接の取得者を含め、複数の者が運送中の物に関して所有権をはじめとする物的権利を主張する場合があり、この場合にはこれらの者の間における優先関係が問題となり得る。前者は運送証券の物権的効力の問題、後者は運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題と位置付けられる。これらの問題に関する従

来の学説を概観すると、（イ）効力または優先関係が問題となった時点における証券所在地法に拠るとの見解（証券所在地法説）と（ロ）効力または優先関係が問題となった時点における目的物所在地法に拠るとの見解（目的物所在地法説）に大別できる。

これら見解の勢力関係については、一般には、証券所在地法説が多数説とされているようである[4]が、少なくとも、近時の学説に限って言えば、目的物所在地法説が相対的に有力な立場にあると評価し得る。

（イ）証券所在地法説

証券所在地法説は、①物が運送される場合には運送証券が発行され、その証券の授受によって物の処分が行われるのが取引の実情であり、こうした物権変動が最も密接な関係を有するのは証券の授受がなされる証券所在地であること、②これら証券が独立して取引の対象とされる実態を踏まえると、証券の物権的効力の準拠法を証券所在地法に拠らしめるのが、取引の安全に資すること等を、その根拠とする。

証券所在地法説の中には、運送証券の物権的効力の問題に止まらず、運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題についても証券所在地法に拠らしめるべきとの見解[5]がある一方で、前者の問題については証券所在地法に拠るべきものの、後者の問題の準拠法について何らの言及を行っていない見解[6]も少なくない[7]。

---

[4] 西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商法雑誌136巻２号38頁（2007年）、櫻田嘉章『国際私法〔第６版〕』（有斐閣、2012年）204頁。

[5] 池原季雄「国際私法」石井照久ほか編『経営法律学全集20巻　国際取引』（ダイヤモンド社、1967年）379頁、折茂豊『国際私法各論〔新版〕』（有斐閣、1972年）91-92頁、烋場準一「物権」山田鐐一＝澤木敬郎編『国際私法演習』（有斐閣、1973年）52頁、山田鐐一『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2004年）311頁、溜池良夫『国際私法講義〔第３版〕』（有斐閣、2005年）342-343頁等。

[6] 川上太郎『新版判例国際私法』（千倉書房、1970年）84頁、山田鐐一＝澤木敬郎編『国際私法講義』（青林書院新社、1970年）126-127頁［鳥居淳子執筆］、三浦正人編『国際私法』（青林書院新社、1983年）189頁［山本敬三執筆］等。

[7] なお、運送証券の物権的効力の問題は証券所在地法に拠るが、運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題は目的物所在地法に拠る旨を明示する見解もある（高桑昭「法例10条と海事物権」澤木敬郎＝烋場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）110頁）。もっとも、高桑先生は後に改説さ

（ロ）目的物所在地法説[8]

目的物所在地法説は、運送証券の物権的効力の問題、運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題いずれについても、目的物そのものの所在地法に拠るとする。①運送証券が物を表章するのではなく、運送契約等に基づく目的物の引渡請求権を表章するものに過ぎないこと、②運送証券の物権的効力は目的物の所在地法がそれを認めて初めて効力を有し得るものであること、③運送証券という一枚の紙幅に物権の帰属を委ねることにより法的不安定がもたらされる惧れがあること、④目的物の現実の所在地でも第三者の利害関係が生ずる可能性があり、目的物所在地法に拠る方が目的物を巡る取引の安全に資すること等を、その根拠とする。

**（２）裁判例**

従前の裁判例を概観すると、船荷証券を巡る渉外事案は比較的多い[9]

---

れ、いずれの問題についても証券所在地法に拠るとの見解を提唱しておられる（高桑昭『国際商取引法〔第３版〕』（有斐閣、2011年）164頁）。

[8] 実方正雄『国際私法概論』（有斐閣、1942年）200頁、久保岩太郎「物権」国際法学会編『国際私法講座第２巻』（有斐閣、1955年）403-404頁、山戸嘉一「海商」国際法学会編『国際私法講座第３巻』（有斐閣、1964年）772-773頁、江川英文『国際私法（改訂・増補）』（有斐閣、1970年）201頁、岡本善八「国際私法における動産物権」同志社法学40巻６号40頁（1989年）、石黒一憲『国際私法〔新版〕』（有斐閣、1990年）364-365頁、谷川久「荷為替決済と物権変動」澤木敬郎＝秌場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）117頁、西谷・前掲注（４）38-39頁、野村美明編著『ケースで学ぶ国際私法』（法律文化社、2008年）219-220頁［野村美明執筆］、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第１巻』（有斐閣、2011年）374頁［竹下啓介執筆］、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第７版〕』（有斐閣、2012年）253頁、神前禎ほか『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2012年）206、223頁［神前禎執筆］等。

[9] 例えば、近時では、東京地判平成12年10月12日判例タイムズ1051号306頁、東京高判平成12年10月25日金融商事判例1109号43頁、東京地判平成13年５月28日判例タイムズ1093号174頁、東京高判平成13年10月１日判例時報1771号118頁、東京地判平成16年４月26日判例時報1877号95頁、東京高判平成16年12月15日金融法務事情1751号47頁、東京地判平成23年12月13日 LEX/DB25490339、東京

ものの、その物権的効力が問題となった渉外事案は僅少である。また、いずれの裁判例においても、運送証券の物権的効力の問題、および運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題について、それらの準拠法決定ルールが明確に示されたことはない。

もっとも、以下に示した４つの裁判例を総合的に勘案すると、裁判実務の流れは目的物所在地法に傾いているのではないかと考えられる。

まず（イ）は、運送中の物につき目的物所在地法を仕向地法とするとの一般原則を示したものと一般に評価されており[10]、仕向地法である日本法に拠れば、売主の貨物引渡差止命令が何らの効力も有しないとして、当該貨物引渡差止命令を根拠とする被告たる運送人の抗弁を否定するに至った。このため、本事案では、原告たる運送証券所持人が取得した運送証券の物権的効力および原告と売主との優先関係について、準拠法の問題も含めて敢えて判断を示してはいないが、判旨を踏まえるに、物権的秩序の問題は対象となる目的物の所在地法により統一的に判断するとの立場に拠っているようにも思われる。

また、（ロ）以下の裁判例いずれにおいても、運送証券の物権的効力に基づき同証券所持人の目的物に対する所有権を認めている。このうち、（ニ）では明示的に日本法により、（ロ）と（ハ）では明示していないが恐らくは日本法により、それぞれ運送証券の物権的効力を肯定している。これらの事案では目的物所在地も証券所在地もともに日本であったことから、判然としない部分は残るものの、目的物所在地であることを根拠として日本法に拠ったものと位置付ける見解が示されている[11]。

---

地判平成24年11月30日 LEX/DB25497246、東京地判平成24年12月27日 LEX/DB25499449等がある。

10 法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（２）－不法行為・物権等の準拠法について』（商事法務、2003年）139頁［早川吉尚執筆］

11 平塚眞先生は、（ロ）の裁判例に関して、船荷証券の物権的効力の準拠法につき、「本件判例は特に準拠法につき言及していないので、日本法（仕向地法）によったものと解しうる」（同「判批」池原季雄＝早田芳郎編『渉外判例百選〔第３版〕』（有斐閣、1995年）83頁）としており、日本が目的物所在地（仕向地）であることを理由として日本法を適用したものと考えておられる。

（イ）横浜地判大正７年10月29日法律評論８巻諸法４頁[12]

［事実］

訴外Ａ（ドイツ法人・ドイツ所在）は、1917年４月にベルギー・アントワープ市において、被告Ｙ（英国法人・運送人）との間で、鋼を同市から横浜港に送付することを委託する旨の運送契約を締結した。鋼をＹ所有の船舶に積載した後、Ａは同船船長より船荷証券３通の発行交付を受け、ドイツ・ハンブルクにおいて、これを白地裏書により訴外Ｂに譲渡した。原告Ｘ（英国法人）はスイス・チューリッヒにおいて、Ｂに代金を送付し、Ｂの裏書に拠らずに上記船荷証券３通を受領した。Ｘが船荷の引渡を受ける前に、Ｙは訴外Ｃ（英国法人・売主）より、その船荷につき貨物引渡差止命令を受けていた。同船は同年10月に横浜港に到着したところ、ＹはＣの命令に従い、船荷をＸではなく、訴外Ｄ（日本法人）に引渡した。ＸはＹに対して損害賠償請求訴訟を提起。

［判旨］

本件運送契約の準拠法、および船荷証券発行行為の準拠法については、黙示の合意を認定し法例７条１項［法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）７条］により英国法、裏書譲渡・交付行為の準拠法については、法例７条２項［通則法８条。但し準拠法決定ルールは変更］および９条１項［通則法10条３項］によりドイツ法であると、それぞれ認定し、これら準拠法と異なる法を前提とする被告訴訟代理人の抗弁は総て理由なしとしたうえで、次のとおり判示した。

「而シテ被告訴訟代理人主張ノ貨物引渡差止権ハ其実質所謂売主ノ物品取戻権ニシテ該権利ニ付テハ法例10条［通則法13条］の精神ニ従ヒ本件貨物ノ到達地タル日本法二據ル可キモノナルカ故ニＣカＹニ対シテ為シタル本件運送品ノ引渡差止命令ハ有効ナルヤニ否ヤニ付キ審究スルニ所謂売主ノ物品取戻権ハ日本法ノ認メサル所ナルヲ以テ仮ニ本件貨物ノ売主タルＣカ荷送人ニシテ該貨物ノ運送中Ｙニ対シ該貨物ヲＸニ引渡スコトナクＤニ引渡ス可キ旨ノ発シタリトスルモ命令ハ日本法上何等ノ効力ナキモノトス従テ此点ニ関スル被告訴訟代理人ノ抗弁亦理由ナ

---

[12] 本判決の評釈として、佐藤やよひ「判批」池原季雄＝早田芳郎編『渉外判例百選〔第３版〕』（有斐閣、1995年）66頁がある。

シ」（括弧内は執筆者による）

（ロ）東京控訴院昭和10年12月13日法律新聞3958号５頁[13]

［事実］

訴外Ａ（マニラ在住･傭船人）は、1928年７月に香港において、被告･被控訴人Ｙ（ノルウェー法人・船舶所有者）との間で傭船契約を締結した。訴外Ｂ（ホノルル所在法人）は、同年９月、原告・控訴人Ｘ（日本法人）に対してホノルルに所在する鉄屑を売却する旨の売買契約を締結したうえで、Ａに対して、当該鉄屑をホノルルから横浜まで輸送することを委託する旨の運送契約を締結した（運送代金は貨物の積載終了後Ａに支払済）。Ａは代理店を通じ、運賃前払済の記載のある船荷証券を発行し、Ｂはこれを X に裏書譲渡した。Ｙは X からの貨物引渡請求に一部応じたものの、Ａによる傭船料未払いを理由として、残余の貨物につき留置権を行使した。その後、協議の結果、Ｙは X に貨物の大部分を引渡したが、鉄屑１トンを引続き留置したため、X はその引渡しを求めて訴訟を提起。原審ではＹが勝訴し、X が控訴。

［判旨］

AY 間の傭船契約の準拠法については英国法、本件船荷証券の準拠法についてはノルウェー法と、それぞれ認定したうえで、X がＹに対して船荷証券の債権的効力に基づき引渡請求権を行使し得るかについては、「本件ニ於ケルカ如ク傭船者カ更ニ第三者ニ運送契約ヲ締結シ該運送契約ニ付キ船荷証券ヲ発行シタル場合ニ於テ該船荷証券カ其ノ発行者タル傭船者ヲ拘束スルコトハ固ヨリ言ヲ俟タサルトコロナレトモ･･･（中略）･･･其ノ所持人ト船舶所有者トノ間ニ何等法律関係ヲ生セシムルコトナク前記ノ如キ意味ニ於ケル証券的効力ハ竟ニ船舶所有者ニ及ハサルモノナルコト明瞭ナリ」と判示し、これを否定した。そのうえで、X が所有権に基づく引渡請求権を有するかについては、次のとおり判示し、これを肯定した。

「X ハ･･･（中略）･･･前認定ノ如ク昭和３年９月上旬頃Ｂヨリ前記鉄

---

[13] 本判決の評釈として、平塚・前掲注（11）82頁、同「判批」池原季雄＝早田芳郎編『渉外判例百選〔第２版〕』（有斐閣、1986年）78頁がある。

屑ヲ買受ケ同年10月13日頃本件船荷証券･･･（中略）･･･ヲ裏書ニ依リテ取得シタルモノナレハＸハ遅クモ右船荷証券ヲ取得スルト同時ニ右鉄屑ノ所有権ヲモ取得シタルモノト認ムルヲ相当トスヘク該所有権ニ基キＹニ対シ本件鉄屑ノ残余１噸ノ引渡ヲ請求スル権利アルモノト謂ハサルベカラス」

（ハ）神戸地判昭和62年７月20日判例時報1256号74頁[14]

［事実］

原告Ｘ銀行（日本法人）は、台湾等から靴輸入を行う訴外Ａ（日本法人・荷受人）に対して、一覧払決済条件により与信を行っており、Ａから決済代金を現金で受領した場合に、裏書をして船荷証券をＡに交付する取扱いであった。1984年９～10月に到着した３件の輸入為替についてＡが現金による決済を行わなかったために、Ｘは船荷証券を所持するに至った。その後、順次これら船荷証券に対応する貨物が神戸港に到着したが、被告$Y_1$（台湾企業・運送会社）の日本代理店$Y_2$（日本企業）は、Ａの要請に応じて、本件船荷証券と引換えることなく、保証渡（シングルL/G）により貨物をＡに引渡した。そこで、Ｘは$Y_1Y_2$を相手取り、不法行為損害賠償請求訴訟を提起。

［判旨］

本判決は$Y_1$の使用者責任を否定し、$Y_2$の不法行為責任を認めたが、その理由を次のとおり判示した。

「本件において、$Y_2$が本件船荷証券と引換えることなく本件商品をＡに引渡したことにより、本件船荷証券の所持人であるＸに対し、結局本件商品の引渡をなしえなかったことは、Ｘの本件商品引渡請求権の行使を不能ならしめ、ひいてＸの本件商品に対する本権（所有権）を侵害したことになるから不法行為に該るといわなければならない」

---

14　なお、本判決の結論は、控訴審である大阪高判昭和63年４月５日金融法務事情1201号19頁において維持されたうえ、確定している。控訴審判決の評釈として、福原紀彦「判批」金融商事判例823号42頁、石岡忠治「判批」判例タイムズ706号204頁［昭和63年度主要民事判例解説］等があるが、いずれもわが国実質法の観点から著述されたものである。

（ニ）浦和地判平成12年１月28日金融商事判例1093号35頁[15]

［事実］

1990年４月に、酒類の輸出入を業とする原告Ｘ(ニューヨーク州法人)は、酒類販売を業とする被告Ｙ（日本法人）からの依頼に応じて、洋酒を売渡すことになり、Ｙに船荷証券を送付したが、酒の種類・数量を誤り船積みしてしまった。同年８月に貨物が日本に到着した後、Ｙは貨物を引き取り国内で販売したが、Ｘとの間には売買契約が成立していないとして、代金の支払を拒んだ。そこで、ＸはＹを相手取り、主位的には売買契約に基づく代金支払債務の履行を、予備的には不当利得の返還を、それぞれ求めて提訴。Ｙは不当利得を認めつつ、Ｘとの間に既に存在するその他売買契約（以下「別途売買契約」という）においてＸが債務不履行を行ったとし、その損害賠償請求権との相殺を主張した。

［判旨］

本判決では、まずXY間における売買契約の成立を否定したうえで、Ｘによる主位的請求を否定。そのうえで、予備的請求である不当利得返還請求について検討する過程で、Ｙによる相殺の主張を如何に取扱うかが問題となった。Ｘは、別途売買契約では、海上運送人から船荷証券の発行を受けこれをＹに交付し、Ｙも信用状の決済を行っていることから、船荷証券の物権的効力に基づき、その貨物の引渡しを受けなかったと主張することは許されないとした。他方でＹは、別途売買契約における船荷証券には不知文言が記載されており、物権的効力を有しないと反論していた。本判決では、この点について次のとおり判示。

「船荷証券は、運送品の受領を証し、その引渡請求権を表章する有価証券であり、その引渡しは、運送品の引渡しと同一の効力を有する（国際海上物品運送法10条、商法575条）から、売主は、買主に対して船荷証券を引き渡せば、目的物の引渡債務を履行したものとして、債務不履行責任を免れるのが原則である」「しかしながら、…（中略）…不知文言の記載された船荷証券によって取引が行われた場合には当該船荷証券を交付した荷送人において船荷証券の所持人に対して運送品の内容につい

---

[15] 本判決の評釈として、小島孝「判批」私法判例リマークス22号［2001年（上）］94頁等があるが、わが国実質法の観点から著述されたものである。

て責任を負うべきであって、そうでなければ、船荷証券の所持人の利益が害されるのみならず、不知文言を記載した船荷証券による国際海上物品取引も著しく阻害されることになる。したがって、不知文言の記載された船荷証券には、これを運送品の引渡請求権を表章する有価証券ということができるか否かは別にして、船荷証券一般に認められている物権的効力を認めることはできず、当該船荷証券の引渡しに運送品の引渡しと同一の効力を認めることはできないから、その荷送人である売主は、船荷証券の交付にかかわらず、売買契約の目的物の引渡しを立証しなければ、買主に対する債務不履行責任を免れることはできないというべきである」

### （3）通則法制定時における議論

通則法の制定に当たって、運送証券が発行されている場合における物権準拠法の問題についても、立法論的な検討がなされている。この検討の過程についても言及しておきたい。

当初、立法案として２つの選択肢が検討された[16]が、その概要は下表のとおりである。

| | 甲案 | 乙案 |
|---|---|---|
| ㋑証券が物的権利を表章するか | 証券所在地法（発行時点） | 目的物所在地法 |
| ㋺証券の物権的効力 | 証券所在地法（効力が問題とされた時点） | 目的物所在地法 |
| ㋩目的物を巡る複数者の優先関係 | 目的物所在地法 | 目的物所在地法 |

このうち、検討の過程において、甲案、特に証券の物権的効力の準拠法を証券所在地法とする見解（上記表の甲案㋺の箇所）が多数説と位置付けられ[17]、通則法に特別の規定を設けることも検討の俎上に上ったが、

[16] 法例研究会・前掲注（10）142頁［早川吉尚執筆］。

[17] 法例研究会・前掲注（10）142-143頁［早川吉尚執筆］、法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（商事法務、2006年）175頁。そもそも既述のとおり、通則法制定時において、甲案、あるいはそれが依拠する証券所在地法説が学説における多数説を構成していたと言い得るかは大いに疑問であ

最終的には、「(a)証券の引渡しが動産の引渡しと同一の効力を有するか否かは、目的物たる動産の所在地法が認めて初めてそのような効力を認め得ると考えるべきこと、(b)証券が発行された場合であっても目的物たる動産が現実に存在し、動産の現実の所在地でも動産をめぐる物権的な法律関係が生じること」[18]を理由として、甲案に沿った新たな条文の制定が見送られた経緯がある。法制審議会国際私法（現代化関係）部会における多数の意見は、「動産自体に関する物権を争うような場合には、当該動産の所在地法によらざるを得ない以上、証券の物権的効力についてのみ証券の所在地法によるとする意味はあまりなく、むしろ、動産取引の安全の観点からは、証券の物権的効力の問題を含めて動産の所在地法によるべき」[19]とするものであった。証券の物権的効力の準拠法については通則法13条の下で解釈論に委ねられることになるが、法制審議会国際私法（現代化関係）部会においては、事実上、乙案、すなわち目的物所在地法説を支持する形で議論が収束したことになる。

## ２．ドイツ

### （1）学説

ドイツにおいては、物的権利関係の準拠法の決定に当たっては、目的物について船荷証券その他運送証券が発行されているか否かにより、基本的に影響を受けないとする見解[20]が支配的であり、運送中の物につい

---

る（この点に関しては、石黒一憲『国際私法の危機』（信山社、2004年）171頁も参照）。また、少なくとも近時においては、乙案が立脚する目的物所在地法説の方が優勢であると思われる。

18 法務省民事局参事官室・前掲注（17）175頁。

19 法務省民事局参事官室・前掲注（17）175-176頁。

20 E. Frankenstein, Internationales Privatrecht, 2 Band (Dr. Walther Rothschild, 1929), 58; A. Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht (J.C.B. Mohr, 1932), 313; C. Privat, Der Einfluß der Rechtswahl auf die Rechtsgeschäftliche Mobiliarübereignung im internationalen Privatrecht (Ludwig Röhrscheid, 1964), 86; Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., Band 10 [Internationales Privatrecht] (C.H.Beck, 1998), Nach Art.38 Anhang I, Rdn. 129 [K. Kreuzer];

ても、こうした見解が妥当する[21]。かかる見解に拠る限りは、運送証券の物権的効力の問題、および目的物を巡る優先関係の問題を規定するのはその目的物の物権準拠法（das Warensachstatut）ということになる。

これに対して、ドイツでは運送証券の物権的効力の準拠法を証券所在地法に求める見解（証券所在地法説）は殆ど見受けられない。例えば、この見解を代表するものとしてK. Siehr[22]が挙げられる[23]が、これはチューリッヒ大学教授であり、後にみるスイスの立法経緯に色濃く影響を受けていると考えられることから、純粋にドイツ国際私法の学説と見做すには抵抗があるであろう[24]。また、いま一人G. A. Zaphiriouの見解[25]も引合いに出されることがある[26]が、英国や米国の裁判例等に依拠しつつ、むしろ比較法的視点から運送証券を巡る準拠法決定ルールを論じており、これをドイツ国際私法の学説として取扱うことが適切とは言い難い。

結局のところ、ドイツでは運送証券が発行されているか否かを問わず、目的物の物権準拠法に基づき、当該目的物を巡る物的権利関係を一律に処理するという考え方で学説はほぼ一致している。但し、ドイツでは、特に運送中の物に関しては、目的物の物権準拠法の具体的な指定を巡って意見の対立があり、仕向地法に拠るとする見解、運送契約（船荷証券）の準拠法に拠るとする見解等多岐に亘る[27]が、この点は後述する。

---

C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2004), Rdn.785 [D. Martiny]; J. von Staudingers Kommentar zum BGB EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (zitiert nach: "Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht"), 13. Aufl.(de Gruyter, 1996), Rdn. 370 [H. Stoll].

21 Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 370 [H. Stoll].

22 K. Siehr, Internationales Privatrecht-Deutsches und Europäisches Kollisionsrecht für Studium and Praxis (C. F. Müller, 2001), 278.

23 法例研究会・前掲注（10）143頁［早川吉尚執筆］。

24 石黒・前掲注（17）171頁。

25 G. A. Zaphiriou, The Transfer of Chattels in Private International Law (Univ. of London, 1956), 203.

26 Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.20), Nach Art. 38 Anhang I, Rdn. 129 [K. Kreuzer].

27 Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., Band 11 [Internationales

また、証券の譲渡それ自体については、物的権利の譲渡に適用されるべき一般準則に従い決定される「物としての証券の準拠法」、すなわち証券所在地法（lex cartae sitae）に拠るとされる[28]。従って、目的物に対する物的権利と証券に対する物的権利を峻別し、それぞれの物権準拠法に拠らしめるというのがドイツ国際私法の基本的なスタンスと位置付けることが可能である。

### （2）裁判例

ドイツでは、運送証券発行時における物的権利関係の準拠法について判示したものとして、1927年12月８日付ライヒ裁判所民事部判決がある[29]。同判決は、運送証券の物権的効力の問題および目的物を巡る優先関係の問題について、一律目的物所在地法に拠らしめるべきとの判断を下しており、これが今日に至るまで、ドイツ裁判実務の基本的見解として維持されている[30]。

［事実］

被告Ｙはドイツにおいて、訴外Ａより、運送中の船の貨物を購入した。Ａはアムステルダムにおいて、ＡがＹから予め受取っていた金銭を支払い訴外Ｂより当該貨物物品を購入し、船長Ｃによりオランダ語で記載・発行された内陸水運船荷証券（以下「船荷証券」という）を受領した。貨物がドイツに到着した時点で陸揚げされ、貨物物品は船荷証券がその場で呈示されないにも拘わらず、運送会社ＤからＹに引き渡された。原告Ｘは船荷証券を呈示し貨物物品に対する所有権を主張したうえで、自身は貸付の担保としてＡより船荷証券の譲渡を受けており、Ｙも船荷証券がＸの所有にあることは了知していたとして、不当利得返還請求および不法行為損害賠償請求として、17,000ライヒマルク

---

Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, EGBGB Art. 25-248] (C.H.Beck, 2010), EGBGB Art. 46, Rdn. 43 [C. Wendehorst].

[28] Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 371 [H. Stoll]; E. Frankenstein, a.a.O. (Fn.20), 58f; A. Nussbaum, a.a.O. (Fn.20), 313; M. Ferid, Internationales Privatrecht, 3.Aufl. (A.Metzner, 1986), §7 Rdn. 95.

[29] RGZ 119, 215.

[30] Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 370 [H.Stoll].

および利息の支払を求めた。これに対して、Yは、貨物物品が自身に引渡された時点では、船荷証券はまだAの手許にあり、XもYへの貨物物品の引渡しを容認していたこと等を理由として、AからXへの船荷証券の譲渡の真正性を争ったほか、予備的に少なくとも自身に貨物物品が引渡された時点で善意取得が成立する旨反論を行った。第一審はX勝訴、原審もYの控訴を棄却。

［判旨］

原審においてドイツ法を物権準拠法としたが、ライヒ裁判所は、次のとおりこの判断を肯定している。

「本事案における船荷証券（Konnossement）－ドイツ法律学の用語では、”Ladeschein” と呼称するが－は、オランダ人船長によりオランダ語で記載のうえ、オランダ国内において発行されたものであり、従ってオランダ法に準拠することは疑いもない。しかしながら、前述の法的紛争に関連して、船荷証券が問題となるのは、Xがその助けを借りて、貨物物品に対して所有権を取得するか否か、および船荷証券の存在がYの所有権取得を妨げるか否かという点に限ってである。物的権利の取得に関しては、目的物の所在地法が適用される。従って、本事案では貨物物品はジュッセルドルフに所在しており、控訴審はドイツ法を適用した」

## 3．スイス

スイスでは、1987年に現行の国際私法典が成立し、89年より施行されている[31]が、その中で、運送証券の物権的効力の問題、および運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題いずれについても明文の規定を設けて、立法的解決を図っている。

[31] こうした現行のスイス国際私法立法の経緯および網羅的な検討として、奥田安弘「1987年のスイス連邦国際私法（１）～（６・完)」戸籍時報374号２頁以下、375号18頁以下、376号43頁以下、377号51頁以下、378号54頁以下、379号58頁以下（1989年)、同「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（１）～（２・完）北大法学論集40巻２号１頁以下（1989年)、同巻３号127頁以下（1990年）等がある。

### （１）運送証券の物権的効力の問題

スイス国際私法106条２項は、運送証券の物権的権利の問題に関して、「証券が物品を表章している場合には[32]、その証券および物品に対する物的権利は動産としての物品証券に適用されるべき法に準拠する」との規定を設けている。この条項は、物品は物品証券と命運をともにし、物品自体の所在地法に拠るのではなく、スイス国際私法100条以下に基づいて定まる、動産としての物品証券の準拠法に拠ることを指し示したものとして、理解されている[33]。動産としての物品証券の準拠法は、スイス国際私法100条[34]に基づき当該証券の所在地法とされることから、結局のところ、同法106条２項の規定は、証券の物権的効力の問題につき証券所在地法説を採用したものと位置付けることができる[35]。

もっとも、これは飽く迄典型的な事案を念頭に置いた場合であって、例外的な場合には、証券の物権的効力の問題であっても証券所在地法以外の法が適用され得ることに留意が必要である。例えば、物品証券に対する担保権設定の場合である。勿論のこと、かかる場合についても、スイス国際私法106条２項に基づいて、動産としての当該証券の準拠法（原

---

32 なお、証券が物品を表章しているか否かという問題は、証券の物権的効力のいわば先決問題に該当する（A. Furrer et. al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Schulthess, 2011), 348）が、この問題の準拠法については、スイス国際私法106条１項が規定している。同条項によれば、物品証券に表示された法に拠ることを原則とし、証券にかかる法の表示がない場合には、証券発行者の営業所所在地法に拠るとされる。

33 H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht (Helbing & Lichtenhahn, 1996), Art. 106 Rdn. 6 [P. Fisch]; D. Girsberger et. al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. (Schulthess, 2004), Art. 106 Rdn. 3 [A. Heini].

34 スイス国際私法100条１項では、物的権利の得喪について、その得喪の原因となる事象が生じた時点における目的物の所在地法に拠る旨を、同２項では、物的権利の内容および行使についてその目的物の所在地法に拠る旨を、それぞれ規定している。

35 H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 6 [P. Fisch].

則として、証券所在地法がこれに該当する）に拠るべきとの見解[36]もあるが、他方で、債権および証券等に対する担保権設定につき限定的ながら当事者自治を導入した同法105条[37]を適用して、少なくとも当事者間に限っては、これら当事者による主観的法選択を許容すべきとの見解[38]も有力に提唱されている[39]。

また一般に、物品に対する物的権利の内容およびその行使は、スイス国際私法100条２項に基づき当該物品所在地法に服する。従って、証券所在地法に基づき、運送証券の取得に伴い証券が表章する目的物について物的権利を取得した場合であっても、その物的権利の内容およびその行使に当たっては、目的物たる物品の所在地法の制限を受けることになる[40]。

### （２）運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題

スイス国際私法106条３項は、「複数の当事者が物品に対する物的権利を主張し、一方が物品それ自体に基づき、他方が物品証券に基づいている場合には、その優先関係は物品それ自体に適用されるべき法に準拠する」との規定を設けている。運送物品に対応して運送証券が発行される場合には、物品そのものの取得とは別に、運送証券の取得を通じて間接的に物品に対する物的権利を取得することが想定される。例えば、運送

---

[36] D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 3 [A. Heini].

[37] スイス国際私法105条１項では、「債権、証券およびその他の権利に対する担保権の設定は、当事者の選択した地の法に準拠する。但し、その法選択は第三者に対抗できない」旨を規定し、同条２項では、同条１項の当事者による法選択がない場合には、担保権者の常居所地法に拠る旨を規定している。

[38] H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 6 [P. Fisch].

[39] 物品証券に対する担保権設定について、スイス国際私法105条、同法106条２項のいずれに拠るべきか議論が決着していないことについて、J. K. Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts (Stämpfli, 2012), §15 Rdn. 1805.

[40] P. Truniger (Hrsg.), Internationales Privatrecht (Helbing Lichtenhahn, 2011), Rdn. 370 [D. Milani].

人が物品そのものに対して担保権を取得する一方で、銀行が運送証券を割引いたり、これに質権等を取得する場合、物品と証券それぞれにつき即時取得が成立する場合、運送人が運送証券を所持しない第三者に物品を売却する場合などが典型例である[41]。こうした場合には複数当事者が物品に対する物的権利を主張することになるが、その優先関係は同法100条以下で定まる物品自体の準拠法（原則として、目的物たる物品の所在地法）に基づき決せられることになる[42]。

目的物所在地法は証券所在地法に比べて貫徹可能性(Durchsetzbarkeit)が高いことが、物品を巡る複数当事者間の優先関係を目的物所在地法に拠らしめた主たる理由である[43]。スイスの実質法においては、物品証券の即時取得者と目的物の即時取得者が対立する場合に後者を優先するとの規律がなされている[44]が、スイス国際私法106条３項は、実現可能性を考慮した（Praktikabilitätsüberlegung）うえで、かかる実質法上の処理の背景にある考え方を抵触規範の策定にも及ぼしたものとの説明がなされる[45]。通常は証券による物品の代替可能性を認めるとの原則論（théorie unitaire）に拠ることでよいが、スイス国際私法106条３項が想定する如く複数当事者間で優先関係が問題となる事案では、もはやこうした原則を維持するのが実際的に不可能であり、例外的な処理として、証券と物品の命運を分離する見解（théorie dualiste）を考慮せざるを得

41 D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 6 [A. Heini]; H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 10 [P. Fisch].

42 A. Furrer, a.a.O. (Fn.32), 348; P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 371 [D. Milani]; D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 6 [A. Heini]; H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 7 [P. Fisch].

43 Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. 11. 1982 (zitiert nach: “Botschaft IPRG”), BBl 1983 I, 263, 402.

44 ZGB Art. 925 Abs. 2; A. Meier-Hayoz, a.a.O. (Fn.3), 441-443 [H. Hinderling]; M. Gutzwiller, Die achte Haager Konferenz für internationales Privatrecht, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, 13 (1956), 9, 13.

45 D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 6 [A. Heini]: H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 8 [P. Fisch].

ない[46]。かかる事案では目的物を物品証券から完全に峻別したうえで、目的物を巡る取引秩序の保護をそれ自体の所在地法に拠らしめる方が、より実効的かつ適切な形でこれを達成し得るとの見解が妥当するということであろう。

なお、スイス国際私法106条3項に関しては、目的物所在地の基準時の問題が指摘されることがある。具体的には、権利取得要件を基礎付ける事象が完了した時点とするか、法的紛争の発生時点とするかが選択肢として考えられるが、同条項の根拠が法適用の貫徹可能性に求められることを踏まえると、後者とするのが立法者意思ではないかと推測される。これに対しては、A国に目的物が所在している時点において、A国法に基づき当該目的物に対する物的権利の取得を基礎付ける事象が生じたにも拘わらず、その後スイスに目的物が移動させられ、同国において訴訟が提起されたような場合に、目的物所在地法としてスイス実質法が適用されることになり、A国法が一切顧慮されないとの帰結に至るが、果たしてかかる結論が妥当かといった批判も寄せられている[47]。

## 4．私見

わが国においては、近時の議論を検証する限り、運送証券の物権的効力の問題、および運送証券発行時における目的物を巡る優先関係の問題いずれについても、目的物所在地法に拠るとの見解が大勢を占めており、かかる見解は従前の裁判例とも、少なくとも背反するものではない。またドイツ国際私法においては、わが国よりも一層明確に目的物所在地法説が揺るぎない地位を占めるに至っている。こうした学説・裁判例の状況を見るに、目的物所在地法説が妥当であることに異論を差し挟む余地はあまりないように思われる。

第一に、実質法上、目的物の引渡しや移転登記・登録の経由といった手段により、当該目的物に対して物的権利を取得するのが典型的であるが、抵触法上、目的物に対する物的権利の取得の問題が目的物所在地に

46　M. Gutzwiller, a.a.O. (Fn.44), 13-14.
47　D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 106 Rdn. 7 [A. Heini].

連結する以上、仮令その取得手段がこれらとは異なる非典型的なものであったとしても、かかる非典型的な手段により目的物に対する物的権利を取得し得るか否かについても、目的物所在地法に基づき判断すればよいと思われる。確かに実質法上、物的権利の取得手段として幾つかの選択肢が設けられているであろうが、だからといって、運送証券の授受という手段を用いた場合における目的物に対する物的権利取得の問題について別途、抵触法上特別の性質決定を行う必要はなく、他の権利取得の手段と同様に一律抵触法上の処理をすれば足りるというべきである[48]。

第二に、目的物を巡る取引安全の確保という視点からは、証券所在地法説には問題が多く、結果として目的物所在地法説が支持される。すなわち、運送証券所持人とは別に、目的物に対して直接に物的権利を取得する第三者が出現する可能性がある以上、そうした第三者の取引安全の保護を確保する必要がある[49]が、証券所在地法説ではこの点について困難が生じる。例えば、盗品の即時取得を認めない法制を採っている国（ドイツ等）と盗品の即時取得を認める法制を採っている国（イタリア等）が存在するが、証券所在地法説に拠れば、第三者が後者の類型に属する国にて善意で盗品の引渡しを受けた場合であっても直ちに即時取得が認められるわけではなく、その時点で証券が何処の国に所在しているのか、および証券所在地国では、盗品の即時取得について上記いずれの法制を採用しているのかといった諸点を確認する必要がある。しかしながら、そもそも紙幅の所在に応じて目的物に対する物的権利の準拠法が変動し得ること自体、抵触法上の法的安定性を損なう惧れがある[50]のは勿論のこと、運送証券は複数枚（３通）発行されるのが通常であり[51]、また近

---

[48] 特にかかる視点を明確に論じたものとして、山戸・前掲注（８）773頁、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）335頁、法例研究会・前掲注（10）144頁［早川吉尚執筆］がある。なお、久保・前掲注（８）403頁、江川・前掲注（８）201頁も同様の理由に基づき、目的物所在地法説を支持しているものと思われる。

[49] 岡本・前掲注（８）39-40頁、西谷・前掲注（４）39頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（８）374頁［竹下啓介執筆］。

[50] 石黒・前掲注（48）336頁、同・前掲注（17）171-172頁。

[51] 岡部邦男『事例船荷証券法』（勁草書房、2002年）160-164頁、石黒・前掲注

時ではペーパーレス化に向けた取組みが進展していること[52]等を踏まえると、証券所在地を一意に確定させることが困難な事案も少なくはないであろう。

なお、学説の中には、運送証券が物自体を表章するものではなく、運送契約等に基づく目的物引渡請求権を表章するものに過ぎないことを理由に、証券所在地法説の採用を否定し目的物所在地法説を支持するものがある[53]。確かに従前より、ドイツ及びわが国の実質法上の議論において、運送証券の物権的効力を否定する立場から、こうした見解が示されてきたことは事実である[54]が、抵触法上の連結点を決するに当たって、特定国の実質法における特定の見解を根拠として持ち出すことは適当ではないであろう[55]。

---

(48) 336頁。なお、船荷証券が複数発行された場合でも、通常は、輸出地の信用状買取銀行を経由して輸入地の信用状発行銀行に総て送付されるが､他方で、船荷証券直送型の信用状条件に基づき､２通の船荷証券を輸入者に直接送付し、残りの１通を信用状発行銀行に送付するといったケースもある。後者の場合には、同一目的物につき船荷証券の所在地が複数生じる可能性もあり、証券所在地の特定はさらに困難を極める。

52 こうした取組みについては､松岡博編『レクチャー国際取引法』(法律文化社、2012年）65頁［岡野祐子執筆]、高桑･前掲注（７）『国際商取引法〔第３版〕』164-165頁､小梁吉章『国際民商事法講義』（信山社､2007年）299-301頁を参照。

53 谷川・前掲注（８）117頁、西谷・前掲注（４）39頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（８）374頁［竹下啓介執筆]。

54 K. A. Eckhardt, Die Traditionswirkung des Konnossements, C. Schmidt et. al. (Hrsg), Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25 jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin, (R. Hobbing, 1931), 62-68;　鈴木竹雄＝大隅健一郎編『商法演習Ⅱ　総則、商行為、手形・小切手（１)』(有斐閣、1960年）92頁［谷川久執筆］等。

55 そもそも谷川久先生は、わが国実質法の領域において船荷証券の物権的効力を否定する見解を展開してきた第一人者でおられる（同「船荷証券の物権的効力理論に関する反省」海法会誌復刊５号61頁以下（1957年)）が、その先生が抵触法上証券所在地法説を否定するに当たって、実質法上の自説に基づき、船荷証券が契約上の引渡請求権を表章するに過ぎないとすることを率先して根拠に掲げられたのは無理からぬ面がある。しかしながら、ドイツおよびわが国実質法においても、船荷証券の物権的効力の有無、および当該効力を肯定する

## Ⅲ．運送中の物における「目的物所在地」

### １．日本

わが国では既述のとおり、運送証券の発行の有無は、目的物を巡る物的権利関係の準拠法決定に何らの影響も与えないという結論に帰着する。従って、目的物の物的権利関係の準拠法、すなわち目的物所在地法がその準拠法である。しかしながら、運送証券が発行されている場合に、それに対応する目的物が運送中である場合も少なくない。こうした場合、運送証券の授受に伴い目的物を巡る物的権利の変動が生じるか否かという点について、まさに証券授受時点における当該目的物の現実の所在地法に拠らしめるべきかといった教科書的な問題設定がなされることになる。

この点に関連して、わが国裁判実務においては、目的物の運送中に当該目的物を巡り物的権利の変動が問題とされる場合には仕向地法を準拠法とすべしとの下級審裁判例が存在していること既述のとおりである（Ⅱ．１．（２）（イ））。学説においても、原則として、この結論を支持する見解でほぼ統一されており[56]、その根拠は目的物の将来的所在地で

---

としてその理論的説明如何という問題を巡っては、いまも見解の対立が解消していない（T. Heidel/A. Schall, a.a.O. (Fn.3), §448 Rdn. 3 [T. Wieske]; I. Koller, Transportrecht Kommentar, 6. Aufl (C. H. Beck, 2007), HGB §448 Rdn. 2; 江頭憲治郎『商取引法〔第７版〕』（弘文堂、2013年）301-302頁）。特定国の実質法に基づく議論を抵触法的平面に持ち込むこと自体適当ではないが、まして、それら特定国の実質法においてすら多数説を形成し得ていない見解を抵触法上の根拠として援用することは厳に回避されるべきであろう。

[56] 実方・前掲注（８）199-200頁、久保・前掲注（８）402-403頁、江川・前掲注（８）201頁、谷川・前掲注（８）117頁、西谷・前掲注（４）36-37頁、野村編著・前掲注（８）219頁［野村美明執筆］、櫻田＝道垣内編・前掲注（８）373頁［竹下啓介執筆］、澤木＝道垣内・前掲注（８）253頁等。なお、運送証券発行時において目的物を巡る物的権利の準拠法を証券所在地法とする見解であっても、運送証券不発行時においては目的物を巡る物的権利の準拠法として目的物所在地法を適用することが想定されている。こうした見解のうち、運送中の物につき仕向地法原則を採用するものとして、折茂・前掲注（５）90-92頁、

ある仕向地がこの物的権利関係と最も密接な関係にあることに求められる[57]。この点、実方正雄先生は、抵触法上目的物所在地が物的権利関係の連結点とされてきたのは、目的物が当該所在地の経済機構、生活関係および公安との間で濃厚な浸潤度を示す客観的価値を有するからに他ならないが、こうした観点からすれば、運送中の物について現実の所在地に連結を果たすことは無意味であるし、かつ目的物所在地法を物的権利関係の準拠法とする抵触規範の趣旨を超えるものである、とされる。そのうえで、仕向地が運送中の物に関する物的権利関係に対して最も深い浸潤度を有することから、その地に連結するのが目的物所在地法主義の精神に適う結果になる、と結論付けておられる[58]。そこには既に、数学的、物理学的正確さを以て現実の所在地を確定するのではなく、目的論的解釈により所在地という連結点を特定していく基本姿勢を看取し得るであろう。

もっとも、運送中の物に関する物的権利関係については原則として、その仕向地法に拠るにしても、例外的な処理を要する場合が生じることは避けられない。それは、上記の目的論的視点に立てば、仕向地法に拠るのが目的物所在地法主義に反し、むしろ現実の所在地に連結するのが妥当な場合ということになる。識者によってその具体的な例示には若干の差違はあるが、典型的には、目的物が経由地の倉庫等に一時保管されている時にその処分・差押えが発生する事案等については、かかる例外

---

烼場・前掲注（５）52頁、山田・前掲注（５）310-311頁、溜池・前掲注（５）342頁、池原・前掲注（５）378-379頁、川上・前掲注（６）83-84頁等がある。

[57] 江川・前掲注（８）201頁、池原・前掲注（５）378頁、山田・前掲注（５）310頁、溜池・前掲注（５）342頁、澤木＝道垣内・前掲注（８）253頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（８）373頁［竹下啓介執筆］、櫻田・前掲注（４）204頁等。なお、久保岩太郎先生および鳥居淳子先生は、追加的に、運送中の物に関する物的権利関係では殊に当事者の意思が重大な意義を有するとしたうえで、当事者が目的物の仕向地到着時にはじめてその効果を発生させる旨の意思を有すると解するのが最も合理的であることを、正当化根拠に掲げておられる（久保岩太郎『国際私法論』（三省堂、1935年）560頁、山田＝澤木編・前掲注（６）126頁［鳥居淳子執筆］）。

[58] 実方・前掲注（８）199頁。

的取扱いを認めるのが一般的である[59]。

## 2．ドイツ

### （1）裁判例

運送中の物を巡る物的権利関係につき仕向地法の適用を肯定した裁判例として、1949年７月７日付ケルン高等裁判所判決[60]がある（事実の概要および本稿に関連する判旨は、後に掲げるとおり）。但し、後述の如く、現在の学説においては仕向地（der Bestimmungsort）が最密接関係地であることを仕向地法の適用根拠としているのに対して、同判決では当事者自治にその根拠を求めているように読むこともできる。仕向地法の原則適用を主張する通説からは、本判決がまさに、運送中である物（＝未登録の船舶）について仕向地たるドイツ法の適用を認めたものであると解され、その補強材料として位置付けられる[61]一方で、当事者自治を主張する近時有力説からも、仕向地法を準拠法とする当事者の意思を探求のうえ認定したものとして、やはり自説の補強のために提示されることがある[62]。先例としての価値には疑問が残る[63]。

---

[59] 久保･前掲注（８）402頁、折茂･前掲注（５）90頁、山田･前掲注（５）310頁、溜池・前掲注（５）342頁、谷川・前掲注（８）117頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（８）373-374頁［竹下啓介執筆］。澤木＝道垣内・前掲注（８）253頁等。

[60] NJW 1949, 784.

[61] Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.20), Nach Art. 38 Anhang I, Rdn. 127 [K. Kreuzer].

[62] U. Drobnig, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, RabelsZ 32 (1968), 450, 459.

[63] なお、1911年９月16日付ライヒ裁判所判決（Das Recht 1911, Nr. 3475, 3476, 3497）も仕向地法を採用した裁判例として紹介されることがある。ブラジルからドイツに向けて船舶運送されていた物品について売買契約が締結されたものの、その所有権移転の成否が争われた事案である。ライヒ裁判所は最終的に仕向地であるドイツ法を適用したが、その前段階として、発送地であるブラジル法に拠れば所有権移転が認められないとの判断を示していることから、専ら仕向地法のみを適用した裁判例として位置付けるには無理があるように思われる。むしろ本ライヒ裁判所判決を、処分行為に有利な法秩序に拠る説として類

なお、運送中の物に関してではないが、ポーランドに所在する目的物について所有者から譲渡担保権の設定を受けた原告が、当事者自治に基づき物的権利関係の準拠法としてドイツ法の適用を求めたのに対して、これを否定しその目的物所在地法たるポーランド法の適用を認めたドイツ連邦最高裁判決がある[64]。

● 1949年７月７日付ケルン高等裁判所判決

［事実］

訴外Ａは、1922年に死亡した父親から相続した船舶を大規模に改修し、1928年にハンブルクにおいて自身の所有権を登録していたが、1946年Ａは死亡し、妻 $Y_1$ とその娘 $Y_2$（以下、$Y_1Y_2$ をまとめて「Ｙ」という）がこれを相続した。これに対して、Ａの弟Ｘは、Ａは当該船舶を自身のために所有していたのではなく、Ａ、Ｘ、ＡＸの母親およびその妹の４人から構成される父親の共同相続体のために所有していたに過ぎない、と異議を唱えた。ＸはＹを相手取り訴訟を提起し、上記船舶登録に適切な修正を施すように請求した。なお、Ａが所有権を取得した時点において、当該船舶はオランダで改修された後、ハンブルクに向けて曳航される途中であった。

［判旨］

「本船舶は、ドイツの注文者のためにオランダで改修され、ドイツに向けて曳航されており、最終的にハンブルクを母港とするものであった

---

型化する見解もある（G. A. Zaphiriou, a.a.O. (Fn.25), 199 [Fn. 1]）。

[64] BGH, Urt. von 25. 9. 1996 – VIII ZR 76/95, NJW 1997, 461. この事案では、原告Ｘ［ドイツ企業］は訴外Ａ［ドイツ企業］から、Ａがポーランドに有している缶詰について譲渡担保権の設定を受けたが、その譲渡担保権の有効性を巡って訴訟が提起された。すなわち、当事者であるＡＸはともにドイツ所在の企業であるが、譲渡担保契約の準拠法もドイツ法とする旨を明示的に約しており、当事者間の債権的関係のみならず、物的権利関係に関しても、担保目的物の所在地は重要な要素ではなく、むしろ当事者自治に基づきドイツ法が適用されると考えていた節がある。これに対して、Ａのメインバンクであった被告Ｙは、ポーランド法に基づき、占有移転を伴わずになされた譲渡担保の有効性は認められないとして、争った。

が、その物的権利関係については、原判決から読み取れるとおり、ドイツ法に拠るべきである。この結論は疑問の余地のないものである。なぜなら、当事者は、所有権譲渡や担保権に適用されるべき、両者の間で問題となる物的権利に関する法秩序を決めることができる。そうしたからといって、国際私法において当事者自治に設定される矩を超えるわけではない」

### （2）学説

学説においても、運送中の物について、厳密な意味での目的物所在地法の適用を回避する見解が支配的である。物的権利関係の変動の原因となる事象が生じた時点に目的物がどの地を通過したかは、法適用との関係において余りに偶然的な要素であり、その他の事情を勘案しても、目的物が当該通過地（現実の所在地）と何らの関連性をも有しないというのがその基本的な立場であろう[65]。とりわけ物的権利関係に関する抵触準則においては取引保護の確保が重要な考慮要素とされており、運送中の物については、かかる考慮に基づき、例外的に厳密な意味での目的物所在地法主義から逸脱することが正当化されると考えられている。

わが国同様に、原則として仕向地法に拠るとするのが通説的理解である[66]。もっとも、その根拠は、通則法13条に相当する民法施行法（以下

---

[65] Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art. 46, Rdn. 42 [C. Wendehorst]; J. Kropholler, Intenationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), §54 IV.

[66] J. Kropholler, a.a.O. (Fn.65), §54 IV; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.20), Nach Art. 38 Anhang I, Rdn. 127 [K. Kreuzer]; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art. 46, Rdn. 43f. [C. Wendehorst]; Palandt Kommentar BGB, 72. Aufl. (C. H. Beck, 2013), EGBGB Art.46 Rdn. 3 [K. Thorn]; Erman Handkommentar BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 45, Rdn. 13 [G. Hohloch]; H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 3. Aufl. (C. H. Beck, 2012), EGBGB Art. 46 Rdn. 7 [A. Spickhoff]; B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl (C. H. Beck, 2007), §12 Rdn. 39; S. Geisler, Die engste Verbingung im Internationalen Privatrecht (Duncker & Humblot, 2001), 334; C. S. Wolf, Der Begriff der wesentlich engeren Verbindung im internationalen Sachenrecht (Peter Lang, 2002), 106ff; A. Junker,

「EGBGB」という）43条ではなく、物的権利関係の準拠法決定における回避条項（die Ausweichklausel）として位置付けられるEGBGB46条に求められる。EGBGB46条は、物的権利関係に関する個別抵触規定（EGBGB43条乃至45条）により定められる法よりも本質的により密接な関連を有する他の法が存在するときには、後者を物的権利関係に関する準拠法とする旨を定めているが、通説によれば、EGBGB43条１項にいう目的物所在地は飽くまで原因行為時点における現実の所在地（通過地国［das Durchgangsstaat］）であるとした上で、回避条項たる同46条に基づき、仕向地法を物的権利関係の準拠法として指定するのである[67]。

しかしながら、物的権利を巡る取引保護の要請が回避条項（EGBGB46条）の適用に繋がるにしても、大抵の場合には、具体的にいかなる国の法秩序が事案との関係で密接な牽連性を有するかを明確に示すことは正直難しい[68]。そこで、ドイツでは、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法について、わが国よりも多様な見解が示されるに至っている。古くは、譲渡人の住所地法に拠るとの見解が示されていた[69]ほか、発送地法説[70]、

Die IPR-Reform von 1999: Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis, RIW 2000, 241, 252; G. Sailer, Gefahrübergang, Eigentumsübergang, Verfolgungs- und Zurückbehaltungsrecht beim Kauf beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht (Walter de Gruyter, 1966), 78ff; M. Ferid,a.a.O. (Fn.28), §7 Rdn. 83.

67　J. Kropholler, a.a.O. (Fn.65), §54 IV; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art. 46, Rdn. 44 [C. Wendehorst]; H. G. Bamberger/H. Roth, a.a.O. (Fn.66), EGBGB Art. 46 Rdn. 7 [A. Spickhoff]; B. von Hoffmann/K. Thorn, a.a.O. (Fn.66), §12 Rdn. 39, A. Junker, a.a.O. (Fn.66), 252.

68　Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art. 46, Rdn. 43 [C. Wendehorst].

69　F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 8 Band (Veit, 1849), 178［サヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系　第８巻』（成文堂、2009）148頁］.

70　E. Rabel/L. Raiser, Eine Entscheidung des Deutsch-Englischen Germischten Schiedsgerichts über den Versendungskauf, RabelsZ 3 (1929), 62, 65（但し、発送地法の適用は目的物がその仕向地に到着しなかった場合に限るとする）.

法廷地法説[71]、輸送船の旗国法に拠る説[72]、処分行為に有利な法秩序に拠る説[73]などが挙げられる。その中でも、特徴的なのは当事者の主観的法選択に委ねるとする見解である。この見解は、時として「まさに珍奇なまでに曖昧な解決策（geradezu abenteuerlich vage Lösungen）」と批判されることもある[74]が、近時ドイツでは無視できない勢力を形成するに至っている。これには大きく言えば二つの類型があるとされる[75]。一つは、当事者の間では、売買契約を典型として何らかの契約関係が存在するはずであるが、物的権利関係の変動についても、当該契約関係の準拠法に拠り律すべしとする立場[76]である。いま一つは、物的権利関係の準拠法につき発送地法と仕向地法のいずれかにつき主観的法選択を認める立場[77]である[78]。後者からは前者に対して、当事者が暗黙のうちに、

---

[71] E. Josef, Zwei Fragen des zwischenstaatlichen Privatrechts, Archiv für civilistische Praxis 127 (1927), 345, 357.

[72] E. Frankenstein, a.a.O. (Fn.20), 53; C. von Bar, Internationales Privatrecht, Band I (C. H. Beck, 1987) 608f.

[73] G. A. Zaphiriou, a.a.O. (Fn.25), 199; L. Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. (F. Vahlen, 1961), §60 III.

[74] Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art. 46, Rdn. 43 [C. Wendehorst].

[75] A-C. Ritterhoff, Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht (Duncker & Humblot, 1999), 155; Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 368 [H. Stoll].

[76] C. Privat, a.a.O. (Fn.20), 79f; K. Sovilla, Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen (Universitätsverlag Freiburg, 1954), 11, 72f; U. Drobnig, a.a.O. (Fn.62), 461.

[77] G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2004), §19 IV; A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (A. Metzner, 1992), Rdn. 319; Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 369 [H. Stoll]; M. Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. (Springer, 1954), 174; E. Denninger, Die Traditionsfunktion des Seekonnossements im Internationalen Privatrecht (A. Metzner, 1959), 89-92.

[78] この他にも、物的権利関係の準拠法決定につき当事者自治を認めるに当たり、スイス国際私法104条１項と同様に、発送地法、仕向地法または契約準拠法の３つの中から選択を行うことを認める見解もある（R. H. Weber,

物的権利関係を含む取引関係全般に対して契約準拠法の適用を望んでいるかは疑わしいとする批判が寄せられる[79]が、果たして結論からすると、両者の立場はそれほど遠く離れたものではないと思われる。すなわち、前者に類型化されるものであっても、契約準拠法の選択を、目的物との間で重要な関連性を有する法秩序（具体的には、発送地法と仕向地法）に制限する見解もある[80]。また、契約準拠法の主観的法選択にこうした解釈論上の制限を課さなくとも、実際の事案では、発送地法もしくは仕向地法のいずれかが契約準拠法として選択されることが多いと思われるし、客観的連結に拠る場合であっても、発送地法か仕向地法が契約準拠法になるのが通常であろう。さらに、後者の立場に依拠した場合であっても、契約準拠法とは別に物的権利関係の準拠法を明示的に選択することは実際にはあまり想定できない。この場合には、黙示の選択もしくは客観的連結により物的権利関係の準拠法は契約準拠法と同一に帰することも少なくないと考えられる。

もっとも、ドイツでは、物的権利関係の準拠法につき当事者自治に基づく主観的法選択を導入することに否定的な見解も根強い。1999年のEGBGB改正に当たって、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法につき当事者自治の導入が検討されたが、当事者による主観的法選択が実質法上の理念である物権法定主義を間接的に破る惧れがあること、当事者により選択された法は第三者には了知できず、取引安全の確保の観点で問題があること等の理由から、見送られた経緯がある[81]。また、学説においても、運送中の物を含め物的権利関係の準拠法一般に関して、当事者自治を認めることに否定的な見解を示すものは少なくない。これら学

---

Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?, RabelsZ 44 (1980), 510, 528f.)。ヴェーバーの見解の詳細については、楢崎みどり「ドイツ国際物権法における“当事者自治„の構成について（二）－ヴェーバーの見解を中心として－」法学新報100巻９・10号167頁以下（1994年）を参照。

[79] Staudingers Kommentar Int'l Sachenrecht, a.a.O. (Fn.20), Rdn. 369 [H. Stoll].

[80] U. Drobnig, a.a.O. (Fn.62), 461.

[81] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, BT-Drucks. 14/343, 16.

説が当事者自治に反対する理由としては、上記の1999年改正時の議論に加えて、主として次の二点が挙げられる[82]。すなわち、第一は、当事者自治に基づく主観的法選択を導入すれば、物的権利関係の準拠法について好ましくない形での準拠法分割に繋がる惧れがあることに求められる。こうした見解によれば、例えば、物的権利の保護請求は通常、違法な妨害行為の存在を前提とするが、そうした妨害行為の違法性の判断基準が目的物所在地法に求められる以上、保護請求についても同じく目的物所在地法の実質法規範に基づき判断が下される必要があると考えている。第二に、当事者が選択した法によれば、当事者間で物的権利が適法に移転した場合であっても、その目的物の所在地法によれば権利移転が有効になされていないと評価されるときには、譲受人は不完全な所有権（hinkendes Eigentum）しか取得し得ないことが挙げられる。こうした不完全な物的権利の移転により、果たして当事者間においても売買契約等の履行が十分になされたと評価してよいかは大いに疑問であるとされる。

### ３．スイス

スイス国際私法は、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法についても、明文の規定を置き、立法的な解決を図っている。もっとも、物的権利の内容および行使については、仮令運送中の物であっても、同法100条２項に基づき目的物所在地法が適用されることに変わりないことに留意が必要である[83]。スイス国際私法が、運送中の物について特別の規定を有するとすれば、それは物的権利の得喪に関するものである。

スイス国際私法104条１項では、当事者は運送中の物にかかる物的権

---

[82] A. Junker, a.a.O. (Fn.66), 253. こうした批判は、物的権利関係の準拠法に当事者自治を導入することに対してのみ向けられたものというよりは、EGBGB46条の回避条項の存在それ自体に向けられたものとして、位置付けることができる。

[83] H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 101 Rdn. 1 [P. Fisch]; P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 358 [D. Milani].

利の得喪に限り法選択を行うことができる[84]としつつ、その選択肢を旧所在地法（発送地法）、新所在地法（仕向地法）、および得喪の原因行為の準拠法（国際売買契約等の準拠法）に制限している。この規定は、運送中の物を巡る物的権利関係について、限定的ながら当事者自治を導入したものである。準拠法の選択肢のうち、前二者（発送地法と仕向地法）は明らかに運送中の物を念頭に置いたものである[85]が、これに対して、最後の選択肢（国際売買契約等の準拠法）は、付随連結（die akzessorische Anknüpfung）を規定したものであり、取引を巡る債権債務関係の問題と物的権利関係の問題を当該準拠法により統一的に規律することにその狙いがある[86]。当事者の契約が主観的法選択を債権債務関係のみならず同時に物的権利関係にも及ぼす趣旨であることが必要であり、契約が明示的に債権債務関係のみについて主観的法選択を行っているような場合には、同法104条１項の適用はないというべきである[87]。

但し、同法104条２項において、この主観的法選択は契約当事者以外のいかなる第三者にも対抗できないとされる。そもそも目的物に関して

---

84　スイス国際私法104条１項の適用範囲を巡っては解釈論上争いがある。同条項について、明示的な文言はないが、①目的物が国際取引の対象となっている場合、②目的物がある法域から他の法域に運搬される場合（いわゆる「運送中の物」の場合）に限り、その物的権利関係の準拠法につき主観的法選択を認める趣旨であり、広く動産の物的権利関係の準拠法決定一般に当事者自治を導入する趣旨ではないとする見解がある（D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn.3-5 [A. Heini]）。他方で、上記①、②の場合に限らず、③国内取引であっても契約準拠法と目的物所在地法が一致しない場合には、同条項の適用を認めるべきとする見解もある（H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 4 [P. Fisch]）。

85　A. Furrer, a.a.O. (Fn.32), 343.

86　H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 13 [P. Fisch].A. Furrer, a.a.O. (Fn.32), 343; P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 359 [D. Milani].

87　D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 9 [A. Heini]; H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 8 [P. Fisch]; P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 360 [D. Milani].

登場する第三者の取引安全の確保を目的とした規定である[88]が、物的権利の特徴は対世的性格にあり、こうした制約は主観的法選択を大幅に相対化するものと捉えられている[89]。第三者は、当事者間で目的物の物的権利関係に関して主観的法選択がなされていたことを了知しているか否かに拘わらず[90]、主観的法選択がない場合に客観的連結により指定されるべき法に基づき、自身の主張を行うことが許されることになる[91]。

また、スイス国際私法101条は当事者の間で主観的法選択がない場合の客観的連結について規定している。なお、同条の適用対象に、所有権移転および契約に基づく担保権設定は含まれるが、法定担保物権は含まれないと説明されている[92]。そのうえで同条は、わが国およびドイツにおける通説的理解と同様に、仕向地法主義を採用している。立法の過程では、客観的連結点を定めるに当たって、発送地と仕向地が検討の俎上に上ったが、前者については運送開始に伴い既に目的物との空間的牽連性が絶たれているとして、最終的に後者への客観的連結を採用するに至った[93]。もっとも、当事者の意思に沿っても行き着くべき地は当該仕向地であるから、スイス国際私法101条の客観的連結の結果は、仮に同法104条を適用したとしても同じである[94]。

---

[88] P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 361 [D. Milani].

[89] A. Furrer, a.a.O. (Fn.32), 343.

[90] P. Truniger, a.a.O. (Fn.40), Rdn. 361 [D. Milani]; D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 11 [A. Heini].

[91] H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 14 [P. Fisch]. なお、第三者は当事者により選択された準拠法を援用することも可能である(D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 10 [A. Heini]; H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 104 Rdn. 14 [P. Fisch].)。

[92] H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 101 Rdn. 1 [P. Fisch].

[93] Botschaft IPRG, a.a.O. (Fn.43), BBl 1983 I, 397. なお、仕向地が不確定な場合における客観的連結についてであるが、スイス国際私法101条および102条の規定に依拠して、実際にその目的物が運搬される地の法に拠るべきとの解釈論が示されている(H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 101 Rdn. 7 [P. Fisch])。

[94] D. Girsberger, a.a.O. (Fn.33), Art. 101 Rdn. 7 [A. Heini].

## ４．私見

### （１）運送中の物を巡る連結政策

運送中の物であっても、その物的権利関係の準拠法が通則法13条に拠り定まることについては、異論がない。その上で、学説の中には、飽くまで目的物所在地法主義の枠内において、仕向地を実質的な所在地と解する立場を採るものもある[95]が、既述のとおり、仕向地が目的物と密接な関係を有することを根拠に、同地の法を適用すべきとする見解が大勢である[96]。思うに、こうした見解が言わんとするところは、通常、物的権利関係の準拠法決定に当たっては目的物所在地法主義が妥当するが、わが国国際私法にも不文の一般回避条項が存在しており、運送中の物のように、厳密な意味での所在地よりも、目的物により密接な関連を有する他の地があれば、その一般回避条項に基づき、後者の地の法を適用すべしということではないであろうか。物的権利関係の準拠法決定に関しては、運送中の物に限らず、船舶・航空機等の輸送機についても、現実の所在地法に拠らず、原則として旗国法に拠るとするのが通説である[97]が、こうした厳密な意味での目的物所在地法主義からの逸脱は遍く、不文の一般回避条項の存在を想定することにより説明可能である。そもそも通則法13条に規定する目的物所在地法主義の根拠は、物的権利の排他性・直接支配性および物権法定主義に代表される目的物所在地の公益と

---

[95] 石黒一憲先生は、「仕向地法は、擬制された所在地法としての存在である」とする（同『国際私法〔第２版〕』（新世社、2007年）388頁）。

[96] 脚注57を参照。

[97] 輸送機の物的権利関係の準拠法を旗国法とする裁判例としては、山口地柳井支判昭和42年６月26日下民集18巻５・６号711頁、秋田地決昭和46年１月23日下民集22巻１・２号52頁、広島高決昭和62年３月９日判時1233号83頁、松山地判平成６年11月８日判例時報1549号109頁等がある（なお、自動車については、運行供用可能性がある場合には登録地法［運行供用可能性がない場合には現実の所在地法］を適用することにつき、最判平成14年10月29日民集56巻８号1964頁がある）。また、学説もこうした裁判例を概ね支持している（山田・前掲注（５）311頁、溜池・前掲注（５）343頁、櫻田・前掲注（４）204-205頁、澤木＝道垣内・前掲注（８）252頁等）。

の密接関連性に求められる[98]が、運送中の物のように、現実の所在地の公益との間に何ら関連性を見出すことができないケースでは、その物的権利関係をもはや目的物所在地法に拠り規律するのは必ずしも適切ではなく、国際私法の大原則に立戻り、最密接関係地法に拠り規律することが求められると言うべきであろう。従って、運送中の物を巡る解釈論としては、通則法13条にいう「目的物の所在地」は飽くまで現実の所在地であり、物的権利関係の変動の原因行為がなされた時点における所在地（通過地）ということになるが、次の段階として、その現実の所在地よりも目的物と密接な関係性を有する他の地があれば、不文の一般回避条項に基づいて当該他の地の法が準拠法として適用されることになる[99]。

以上のことを前提として、運送中の物について最密接関係地を検証するに、通常の場合であれば、それは通説的理解と同様に、仕向地ということになろう。運送中の物について物的権利の変動を生ぜしめるような原因行為がなされたとしても、それは将来目的物が仕向地に到着し所在することを前提としたものであり、同地との実質的な結び付きが認められる以上、この結論に異論を差し挟む余地はない。もっとも、運送中の物を巡る物的権利関係を仕向地法に拠らしめる根拠が不文の一般回避条項に求められるとすれば、限定的ではあるが、仕向地以外の地の法に拠りその物的権利関係を規律するのが適当と判断される事案もあると考えられる。例えば、仕向地を定めず輸送を開始した目的物につき物的権利関係の変動が生じるようなケースでは、その権利の得喪を規律すべき仕向地法が存在しない。海外では、こうした場合について、実際の目的物

---

98 木棚照一＝松岡博編『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール国際私法』（日本評論社、1994年）57-58頁［高桑昭執筆］、櫻田・前掲注（４）199頁。

99 通則法の制定に当たり、事務管理および不当利得に関する回避条項として通則法15条が、不法行為に関する回避条項として同法20条がそれぞれ新設された。もっとも、これら条項で規定されている内容は、従前の裁判例や学説において既に提唱されていたものを具現化したものに過ぎず、創設的なものというよりは、むしろ、確認的な性格を有するものと位置付けるべきである。従って、これら明文規定の存在がわが国国際私法における不文の一般回避条項の存在を否定する根拠にはなり得ないと考えられる。

到着地法に拠るべきとの見解[100]、発送地法に拠るべきとの見解[101]等が提唱されているが、結局のところ、法的紛争が発生した時点の現実の目的物所在地、取引当事者の所在地および意思、原因行為地等をはじめとする実際の諸事情を踏まえて、最密接関係地法を探求していく他ないと思われる。また、仕向地を定めて運送が開始されたものの、発送地国を離れる前に、目的物の物的権利関係を巡り法的紛争が生じるようなケースも微妙である。この場合には、兎も角仕向地を定め運送が開始された以上、仕向地法を適用することも考えられようが、他方で、現実の所在地は発送地国であり、目的物は現実に所在地を変更していない以上、発送地法を全く無視して良いかは疑問である[102]。

### （2）当事者自治の導入の是非

また、不文の一般回避条項の存在を前提とする以上、わが国国際私法の解釈論としても、契約準拠法に拠って物的権利関係を巡る紛争を規律することは可能であり、十分に選択肢として検討の俎上に上ると考えられる。運送中の物を巡る物的権利関係に当事者自治を導入した場合の最大のメリットは、当事者間における法律関係については、それが債権的な問題であろうと、物的権利関係に関わる問題であろうと、統一的に、その当事者の選択した地の法に拠ればよいということに尽きる。この点は、スイス国際私法104条１項を巡って盛んに論じられてきたし、わが国でも石黒一憲先生が正当な指摘を行っている[103]。他方で、既述のとおり、ドイツでは、当事者自治導入に伴うデメリットとして、①当事者以外の第三者の取引安全の確保という観点で問題があること、②物権法定主義を間接的に破る惧れがあること、③譲受人はいわゆる「不完全な所有権」を取得するに止まる惧れがあること等が指摘されている[104]。

---

[100] H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, a.a.O. (Fn.33), Art. 101 Rdn. 7 [P. Fisch].

[101] Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn.20), Nach Art. 38 Anhang I, Rdn. 127 [K. Kreuzer]; G. Sailer, a.a.O. (Fn. 66), 78f.

[102] 石黒・前掲注（48）332頁。

[103] 石黒・前掲注（48）329頁。

[104] 物的権利関係を一般的な抵触規定に拠らしめる以上、その抵触規定が仕向

これに対して、当事者自治の導入を主張する見解からは、こうしたデメリットの緩和に向けた方策が提示されている。第一の方策は、スイス国際私法104条２項に規定されているとおり、主観的法選択の第三者効力を制限することであるが、これは既述のとおり、特に当事者以外の第三者の取引安全の確保（上記のデメリット①に対応）に重点を置いた立法的措置である。また第二の方策は、ドイツの学説に見受けられるように、発送地法と仕向地法の２つに選択肢を制限するものであるが、これは当事者自治の導入に伴うデメリット（①〜③）いずれにも配慮し、それらの部分的な緩和を狙ったものである。第一の方策との対比で言えば、第三者の取引安全を確保しつつも、当事者が主観的に選択した準拠法を第三者との関係でも適用するために、その選択肢を限定する方途を解釈論として提示した点に特徴があろう[105]。

わが国学説の一部においても、こうしたドイツおよびスイスの動向を踏まえつつ、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法を当事者自治に拠らしめることの是非について検討がなされてきた。その中には、運送中

---

地法主義を採用しようが、当事者自治を採用しようが、いずれにしても、上記②および③のデメリットを完全に払拭することは難しい。例えば、目的物がＡ国に向けて運送されている最中に物的権利関係に変動が生じ、その後仕向地がＢ国に変更されたが、そこで当該物的権利関係の変動を巡って、Ｂ国で法的紛争が生じた場合を想定してもらいたい。仮にＢ国国際私法が仕向地法主義を採用していたとすると、上記物的権利関係の変動に対して法廷地たるＢ国で適用されるのはＡ国法である。そうすれば、Ｂ国実質法に規定がない異質な物的権利が、Ａ国実質法に基づいて法廷地たるＢ国で肯定されることになりかねず、Ｂ国実質法が採用している物権法定主義が間接的に破られる可能性がある。また譲受人がＡ国法上物的権利を有すると判断されたとしても、目的物がＢ国に所在する以上は、譲受人の物的権利がＢ国法上いかなる評価を受けるかという問題が生じることになる。譲受人にＡ国法上物的権利が帰属することが認められたとしても、Ｂ国法上その行使が制約される事態が生じかねないが、これはまさしく「不完全な所有権」の典型である。こうした事例を勘案すると、②および③が当事者自治を導入したことに伴う固有のデメリットとまでは言えず、正確には、「当事者自治を導入した場合、②および③のデメリットが顕現化するリスクが高まる」と言うに止めるべきである。

105 石黒・前掲注（48）330頁。

の物について当事者による主観的法選択を積極的に認める見解[106]、および運送中の物がいずれの関係国においても登記・登録がなされず、特定の地の公益と関わりがない場合には、一定の範囲に限定した法選択の可能性を認める見解等がある[107]一方で、1999年の EGBGB 改正に至るまで物的権利関係に関する明文の抵触規定を欠いていたドイツと異なり、わが国では古くから明文の規定により目的物所在地法主義が採用されてきたため、わが国の解釈論として当事者自治を認めることは困難とする見解[108]、物的権利関係への当事者自治の導入を解釈論上の選択肢として位置付けつつ、最終的には連結政策上の比較衡量の観点からその採用を否定する見解[109]等が提示されており、これら議論に相当な幅があることは事実である[110]。もっとも、学説の大半はかかる論点に言及してはおらず、運送中の物を巡る物的権利関係を規律するに当たって契約準拠法に特別の考慮を払う必要はないとのスタンスを採っている。それは、運送中の物を巡る物的権利関係が争点とされる事案が実際には僅少であるため、当事者自治の導入に関する議論が理論的には兎も角、実際上は然程の意義をも有しておらず、また逆に、運送中の物について仕向地法を適用したとしても、連結政策上大きな支障が生じるわけではないとの判断に立脚したものと言えるであろう[111]。

結局のところ、運送中の物を巡る物的権利関係について主観的法選択

---

106　岡本・前掲注（８）40頁。なお河野俊行先生は、その対第三者効力に制限を付すことを条件に、物的権利関係を巡る抵触準則として当事者による主観的法選択の導入を提唱される（河野俊行「国際物権法の現状と課題」ジュリスト1143号47頁（1998年））。

107　笠原俊宏「物権準拠法と当事者の意思」澤木敬郎＝烣場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）109頁。

108　西谷・前掲注（４）38頁。

109　石黒・前掲注（48）328-331頁。

110　中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」立命館法学2011年５・６号（339・340号）311-312頁（2012年）。

111　法例研究会・前掲注（10）140頁［早川吉尚執筆］。なお、ドイツでも同様に、運送中の物を巡る物権準拠法の問題が然程実際的な意義を有しないとの指摘がなされている（Erman Handkommentar BGB, a.a.O. (Fn.66), EGBGB Art.45 Rdn. 13 [G. Hohloch]）。

を認める必要性に乏しく、通則法13条および不文の一般回避条項に基づく客観的連結に委ねることで良いように思われる。その根拠は次の３点に集約される。第一に、不文の一般回避条項を活用すれば、運送中の物を巡る物的権利関係について最密接関係地法を探求することは可能であり、事案の実際上の処理においてもそれで支障が生じないと考えられることである。また第二に、大半の事案では最密接関係地法は仕向地法になることから、客観的連結を維持することで、当事者間のみならず対第三者との関係でも予見可能性を確保し得ることが挙げられる。さらに第三には、主観的法選択を導入する場合にはその選択肢を限定することが前提となるが、当事者自治を広範に許容する近時の潮流[112]を踏まえると、そうした限定を付すことが現実には困難であること等が挙げられる。

## Ⅳ．むすびにかえて

本稿では、まず運送証券発行時における目的物を巡る物的権利関係の準拠法を検討したが、①運送証券の譲渡も目的物の物的権利関係を変動させるための手段の一つに過ぎず、かかる手段により目的物の物的権利が変動するか否かについても、他の手段を用いる場合と同様に、目的物の帰属にかかる問題として、抵触法上統一的に取扱うのが適当であること、②目的物を巡る取引安全の確保、特に第三者からのかかる要請を考慮する必要性が高いこと等を理由として、目的物所在地法を採用するのが適当であると結論付けた。次に、運送証券が発行されている場合に、その目的物が運送途中であることが想定されることから、運送中の物を巡る物的権利関係の準拠法について検証を行った。この点は、通則法13条に規定する目的物所在地への連結がそのまま妥当せず、不文の一般回避条項を活用し最密接関係地への客観的連結を探求することで、概ね適切な準拠法指定が可能になるというのが、本稿における結論であった。

もっとも、物的権利関係の準拠法決定に当たり主観的法選択を導入するか否かという論点は、ドイツのみならずわが国においても、依然として解釈論上議論の対象となっているほか、スイスでは実際に明文の規定

112　中野・前掲注（110）303-308頁。

を置き、限定的ながら当事者自治を導入するに至っている。この関連における近時の重要な動きとして、口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関する条約（以下「ハーグ証券条約」という）の成立がある[113]。預託機関による証券の集中決済制度が確立し、証券の譲渡等が同機関の口座振替により行われるようになると、証券券面が発行されないことも多くなるが、こうした場合には、証券の所在地の特定に問題が生じる。そこで、ハーグ証券条約では、証券の物的権利関係の準拠法決定に当たって、一定の条件の下で口座管理機関と口座名義人による主観的法選択を認めることとしたのである[114]。これは有価証券を巡る物的権利関係について、限定的ながら当事者自治を認める動きとして位置付けることができるが、果たしてかかる動きを肯定的に受入れて差支えないか疑問なしとしない。確かに現象として現物となる券面の発行が物理的になされない場合が顕著になっていることは事実であるが、ここで問題とされるべきは実際に券面が発行されたかどうかではなく、飽くまで観念的なレベルにおいて現物となる券面の存在を想定し得るかどうかである。観念的なレベルにおいて、券面の発行およびその存在が想定できる限りは、観念的な証券所在地を特定し、通則法13条に基づきその地への客観的連結を果たすのが適切と考えるべきであろう。証券という存在は債権的請求権に物権的な保護を付与したものであり、その出現

[113] ハーグ証券条約を解説したものとして、神田秀樹＝早川吉尚「口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関する条約」国際私法年報５号230頁以下（2003年）、森下哲朗「国際証券決済法制の展開と課題」上智法学47巻３号１頁以下（2004年）、道垣内正人「担保物権の準拠法－証券決済システムを通じた担保付取引の場合」渡辺惺之＝野村美明編『論点解説・国際取引法』（法律文化社、2002年）117頁以下、楢崎みどり「証券担保化の抵触法問題とハーグ証券条約」証券経済研究63号77頁以下（2008年）、同「証券担保取引とハーグ証券条約－所在地連結の再検討の契機として」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ（取引・財産・手続）』（法律文化社、2012年）99頁以下、北坂尚洋「振替株式への担保権設定とハーグ証券条約」立命館法学2011年５・６号（339・340号）49頁以下（2012年）、早川吉尚「金融取引における預かり資産を巡る国際私法上の問題」金融研究32巻１号１頁以下（2013年）等がある。
[114] 中野・前掲注（110）312頁、北坂・前掲注（113）61頁等。

は投資家の権利保護と取引安全・円滑の確保が目的であった[115]が、その後取引量の増大を背景に、コスト削減の視点から「混蔵保管＝口座管理」が常態化し、事実上の券面の不発行という事態が現れるに至った。しかしながら、それは飽くまで表面上の現象に過ぎず、観念的なレベルにおいて、券面が想定できる限りは、それを前提とした抵触法上の議論が展開される必要がある。また、限定的な当事者自治は保有者毎に証券を巡る物的権利関係の準拠法が区々になる事態を生ぜしめる可能性があるが、証券決済は資金決済と表裏一体の関係にあり、資金決済のために担保証券を処分するといった緊急事態において、担保証券の処分につき保有者毎に準拠法が異なるとすれば、保有者を問わず一律に単一の準拠法によって処分する場合に比べて、法的不確実性が増すことは避けられない[116]。「証券取引と資金取引の複合化」が顕著になっている現状を踏まえて、資金決済の円滑、延いてはファイナリティの確保という政策的な側面からも、こうした限定的当事者自治の導入が適切かについては、慎重な議論がなされるべきであろう。

本稿は、科学研究費補助金（課題番号25380056、24330024）による成果の一部である。

115 河本一郎『有価証券法研究』（成文堂、2000年）3-46頁。

116 拙稿「証券決済法理に関する最近の動向について－ドイツにおける新学説を中心とする一考察」『FSA リサーチ・レビュー 2007』（金融庁金融研究研修センター、2008年）154頁。

論　説

# 中国の民事裁判における当事者の地位に関する考察（2）
## ―― 処分権への制限を手がかりに ――

王　　　冊

目　次

# 第３章　訴訟における処分原則の実態

## 第１節　あつかう裁判例と評釈方法について

これまでは処分原則の内容と形成史をみてきた。本章では、裁判例の類型化によって裁判における処分原則の運用実態をみてみる。作業に入るまえに、まず対象となる裁判例など、いくつかの事項について確認をしておく。

### １　対象とする裁判例

中国では数多くの判例集が出版されている。それを大まかに以下三つのタイプに分けることができよう。①地方の高級法院が編集し出版する判例集である。たとえば、『上海法院案例精選』[1]、『北京民事審判案例精析』[2]や『湖北法院要案評析』[3]などがそれにあたる。当該地域で行われた裁判の中から、判例集の編集者[4]が代表的な裁判例を選んで紹介している。②紛争類型ごと、または法律ごとの判例集である。『医療糾紛判例

---

[1] 『上海法院案例精選』（上海人民出版社）とは、上海高級民事法院の法官らが編集し、1994年以来毎年に出版されている判例集である。

[2] 北京市高級人民法院民事審判第一庭編『北京民事審判案例精析』（法律出版社、2003年）。

[3] 呉家友主編『湖北法院要案評析』（人民法院出版社、2003年）。

[4] 判例集の編集者を務めるのは、多くの場合は、当該地域の高等法院の裁判官である。

点評』[5]や『離婚審判研究』[6]、または『人身権法典型判例研究』[7]、『物権法典型判例研究』[8]や『担保法典型判例研究』[9]などがそれにあたる。③定期的に出版されている裁判例集である。たとえば最高人民法院、国家法官学院が定期的に編集・出版している『人民法院案例選』[10]、『中国審判案例要覧』[11]が挙げられる。紙媒体のほかに、最近ではネット上でも判例のデータベースが作られている[12]。

さらに、中国の裁判例は、「一般案例」と「指導性案例」と分けられている。後者は「事実上各級司法機関に対して一定の影響を与えている」といわれている[13]。

本稿では、最高人民法院と国家法官学院が定期的に出版している判例、

---

5 楊太蘭主編『医療糾紛判例点評』（人民法院出版社、2003年）。

6 劉世傑＝劉亜林『離婚審判研究』（重慶大学出版社、1998年）。

7 郭華編著『人身権法典型判例研究』（人民法院出版社、2002年）。

8 常鵬翱編著『物権法典型判例研究』（人民法院出版社、2002年）。

9 劉言浩編著『担保法典型判例研究』（人民法院出版社、2002年）。

10 『人民法院案例選』（人民法院出版社）とは、最高人民法院＝中国応用法学研究所が編集し出版する判例集である。1992年より毎年４輯を出版している。

11 『中国審判案例要覧』（1995年までは中国公安大学出版社、1996年以降は中国人民大学出版社、2003年以降は中国人民大学出版社＝人民法院出版社）とは、国家法官学院＝中国人民大学法学院が編集し、1992年より出版している判例集である。

12 代表的なのは、北京大学が作成している「北大法意」である（http://www.lawyee.net/）。そのほか、ウエストロー（westlaw）による中国法データベースにも判例が紹介されている（http://westlawchina.com/）。

13 徐行「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（１）」北大法学論集62巻４号（2011年）106頁参照。徐行氏は中国の判例は日本における判例と異なり「先例としての拘束力もなければ、事実上の法源性も否定されている」と指摘したうえ、中国の判例を二種類に分けることができ「ひとつは、研究者や実務家が研究を行うとき、司法機関から収集した典型的で難解な司法実例」と「権威のある司法機関、特に最高司法機関が公布した案例」があると指摘した。徐行氏は研究の便宜上前者を「一般の案例」とよび、後者を「指導性案例」と呼んでいる（同上105－106頁）。なお、中国の判例制度の歴史について、周道鸾「中国案件制度的歴史発展」法律適用2004年５期２－８頁。

かつ「指導性案例」とよばれている『人民法院案例選』[14]と『中国審判案例要覧』[15]より裁判例を抽出し、分析の対象とする。『人民法院案例選』は1992年に創刊され、各地人民法院が提出した裁判例を応用法学研究所の研究者が選別し、案例評釈を付して編集・出版したものである。「我が国では、出版の時期が最も早く、渡る時期は最も長く、出版した本数は最も多い案例」[16]であるとされる。『中国審判案例要覧』とは、1992年に創刊され、案例の収集と編集方法について不明であるが、定期的に全国レベルの編集会議が定期的に開かれている[17]。この二つの判例集の判例を対象とする理由は、①中国各地人民法院の案例が含まれており、判例数が多い。②最高人民法院の関係部門が編集しているため、一定の質が保されている。③教育、研究と審判活動を指導するために編集した判例であるがゆえに、代表的な案例だといえる。

## ２　対象とする処分原則の内容

処分原則のもっとも重要な内容とは、訴訟の開始は当事者によること、訴訟の範囲は当事者の請求に拘束されること、訴えの取下げは当事者ができること、である。本章では、「訴訟の範囲は当事者の請求に拘束される」にしぼって裁判例の紹介と分析を行う。処分原則のほかの２つ項目について分析対象より排除した理由とは以下のとおりである。訴訟の

---

14　最高人民法院中国応用法学研究所編、人民法院出版社出版。以下『法院案例選〔〇〇年〇〇輯〕』と略す。

15　1992年より［中国高級法官培訓中心］＝中国人民大学、1997年より国家法官学院＝中国人民大学編、1992年より中国公安大学出版社、1996年より中国人民大学出版社、2003年より中国人民大学出版社＝人民法院出版社、出版。以下『審判案例要覧〔〇〇年〕』と略す。

16　曹建明「認真開展案例研究、充分発揮指導作用」『法院案例選〔2007年１輯〕』１頁。

17　黄山「『中国審判案例要覧』第八次編写研討会綜述」法学家2000年１期樊軍「加強案例研究、指導審判実践」法律適用2004年７期〔裏表紙〕。参加者は『中国審判案例要覧』編集委員、全国各地通信編集者、編集部関係人員である。なお1996年より、同英語版も出版・発行されている。「在『中国審判案例要覧』英文本香港首発式上的致詞」法学家1996年５期96－97頁。

開始について、仮に当事者によらない場合であっても、判決文ではそのような記載がなく研究対象が定まらない。取下げについて、仮に審理の途中で当事者による取下げ申請が法院の裁定によって許可されなかった場合であっても、その事実は判決文に記載されないがゆえに研究が不能である[18]。ちなみに、当事者による取下げが許可された場合は、裁定書こそが入手できるが、その内容はきわめて簡潔であり、当事者による取下げ申請についていかなる理由によって許可されたのが判明しないからである[19]。

### 3　裁判例分析の限界

研究の対象を「訴訟の範囲は当事者の請求に拘束する」にしぼった場合であっても、分析に際して以下の限界がある。中国の判例では、当事者の請求について記載はきわめて簡潔である。たとえば、請求の部分では多くの場合は「原告は被告に対して損害賠償を求める」、「原告は法院に損害を受けた利益を保護するように求める」、または「法院に法律に基づいて判決するように求める」といった記述しかない。日本・西洋的な裁判のような請求形式に、すなわちどのような損害を受け、どの条文にもとづき、どの限度の請求をする、という形になっていないのである。このような記述の仕方は、当事者がはっきりした請求していないのか、あるいは判例の編集者の判断によって請求を詳細に記載しなかったのか

---

18　ちなみに、マスコミや研究者の論文では、訴えの取下げの事例を紹介するものもあるが、しかし、それが報道のため、あるいは研究のため加工されたものであるがゆえに、それによって裁判の実際状況を把握することは難しい。

19　取下げに関する裁定書の記載内容とは以下である。受訴法院、事件番号、原告と被告の名前、生年月日、住所を記載したうえ、「本法院が原告と被告に関する○○紛争を審理中、原告○○が○○年○○月○○日に本法院に取下げを申請した」、（改行）「本法院は原告○○の申請が法律に符合すると認定し、『中華人民共和国民事訴訟法』第131条１項にしたがい、以下裁定する」、（改行）「原告○○による訴えの取下げを許可する」という内容があり、最後には法官と書記官の名前と裁定の年月日が記載される。北大法意判例データベース（http://www.lawyee.net）よる。なお、裁定書の概念と作用について、于紹元編『中国法律文書写作・格式・実例大全』（法律出版社、1991年）230－232頁参照。

判明しえない。しかし、このような判例の記載方法が一般的であるということは、翻って中国の裁判では、当事者による請求内容の確定は必ずしも必要視されていないことを裏づけているといえよう。

当事者の請求が明確でなければ、法院の審理との相互関係に関する考察は当然できないため、本章では、当事者の請求が不明・曖昧である裁判例は分析の対象より排除せざるをえない。また、当事者の処分権が問題となる裁判にどのくらい弁護士が関与しているのかをみるために、判例にはっきりと弁護士が訴訟代理人として参加した事件では、その旨を書き記す。しかし、中国判例集の記載の粗略さから考慮すれば、判決文では弁護士の参加を明記していない場合でも、それが必ず本人訴訟であったともいえないことに留意を要する。

## ４　裁判例類型化の方法

日本では、現行民訴法における処分権主義に関する判例研究は管見に及ばないが、旧民訴法の「裁判所ハ当事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ為コトヲ得ス」に関する判例研究では、問題となる判決について「量の問題」と「質の問題」に分けて考察している[20]。本稿はこれにしたがい、量的問題と質的問題に分けて中国の裁判例の分析を行う。なお、量的問題について、さらに当事者の請求について判決が「項目増」と「金額増」に分けて判例の類型化を試みる。

中国の裁判例の掲載形式を紹介することもかねて、【事例１】では中国の判例集の内容、改行などの書式をそのままにして全文翻訳する。そのほかの判例について、当事者の訴訟請求と判決内容の相違に重点を置き、それと直接関係しない部分について一部省略する。当事者の請求を分かりやすくするために、【当事者の請求】という項目を設けるが、被

[20] 村松俊夫「弁論主義」『総合判例研究叢書・民事訴訟法（１）』（有斐閣、1956年）６－33頁。量的に問題となるのは、「原告が百万円の支払を求めているのに一五〇万円の支払を命ずるとか、元本のみの支払を求めているのに、元本と利息の支払を命ずるようなもの」であり、質的に問題となるのは、「無条件で給付判決を求めている場合に、条件付で請求を認容する場合」である（同上、６頁、10頁）。

告（被控訴人）が反訴、付帯上訴しない限り、原告（控訴人）の請求のみ記載する。なお、判決が引用した条文について、本稿の最後の「主要参考条文」にてまとめて紹介する[21]。

## 第２節　裁判における処分権制限の裁判例

### １　当事者の請求に対して判決項目を増加させた裁判例

#### （１）　人身損害賠償請求に対して法院が賠償項目を増やした裁判例

【事例１】[22]

（一）はじめに

１、判決書字号

一審判決書：四川省金堂県人民法院（2000）金堂民初字第69号

再審裁定書：四川省金堂県人民法院（2002）金堂民再字第１号

２、事件類型：人身損害賠償紛争案

３、訴訟当事者

原告（再審原告）：張文建、男、1978年３月２日生まれ、漢族、農民、四川省金堂県趙鎮桐梓村五組。

訴訟代理人（一審）：謝俊、四川省金堂県司法局趙鎮法律服務所法律工作者[23]。

被告（原審被告）：潘英漢、男、1980年12月９日生まれ、漢族、農民、四川省金堂県趙鎮桐梓村七組。

訴訟代理人（一審）：鐘耕耘、尹賢文、四川省金堂県司法局淮口法律服務所法律工作者。

---

[21] なお、引用する中国民事訴訟法の条文は1991年民訴法であり、その理由について拙稿北大法学論集64巻４号「はじめに」脚注２を参照されたい。

[22]『審判案例要覧〔2004年〕』524－529頁。

[23] 法律工作者とは、司法部が1991年に公布した「郷鎮法律服務業務活動細則」にもとづき、弁護士資格を有しないが、訴訟代理ができかつ報酬を受けることができる者である。弁護士過疎地域の訴訟対応として打ち出された制度である。インタビュー調査などによって法律工作者の役割を紹介した研究として、劉思達＝呉洪淇「法律辺疆地区的糾紛解決与職業系統」社会学研究2010年１期130－245頁がある。

被告（再審被告）：潘竜潤、男、1952年10月13日生まれ、漢族、農民、四川省金堂県趙鎮桐梓村七組、被告潘英漢の父。
被告（再審被告）：楊順華、女、1954年12月19日生まれ、漢族、農民、四川省金堂県趙鎮桐梓村七組、被告潘英漢の母。
被告（再審被告）：朱万金、男、1964年１月13日生まれ、漢族、農民、四川省金堂県趙鎮嘉陵村五組。
４、審級：一審、再審。
５、裁判機関と裁判組織
一審法院：四川省金堂県人民法院。
合議廷構成人員：裁判長：陳福彪、裁判員：肖桂攀、代理裁判員：俸雲明。
再審法院：四川省金堂県人民法院。
合議廷構成人員：裁判長：刁暁舟、裁判員：王彩虹、楊天友。
６、結審日付
一審結審日付：2000年５月７日
再審結審日付：2002年12月17日
（二）一審当事者の主張と抗弁
１、原告張文建は以下のように主張した。1998年11月10日に、被告潘英漢が張文建など三人を自動車登録していない二輪バイクに乗せ、広金路18キロあたりにおいて、被告朱万金が運転する四輪トラクターと衝突し、よって張文建が負傷した。金堂県公安局交通警察隊の過失認定によれば、被告潘英漢が主要責任を負い、被告朱万金が副次責任を負う。原告は数回にわたって、被告に損害賠償を求めたが応じてもらえず提訴に至った。法院に対して、被告潘英漢と被告朱万金に、医療費27,754.48元、交通費600元、障害者生活補助費12,306元、傷害鑑定費400元、合計41,060.48元の判決を求めた。なお、被告潘英漢は未成年であり、負うべき損害賠償責任について被告潘英漢の両親である潘竜潤と楊順華が負担すべきである。
２、被告潘英漢は以下にように主張した。交通事故を起こしたことは事実である。しかし、原告張文建にバイクに乗せるように言われ、その結果、交通事故を起こしたため、被告潘英漢が主要責任を負うべきでない。被告潘英漢が負うべき損害賠償について、原告張文建と分担すべきであ

る。かつ、被告潘英漢も怪我をしたため、原告が医療費4,920.80元、入院食補助費500元、休業補償7,203.60元、介護費637元、継続医療費5,000元、交通費600元、合計18,861.40元もあわせて賠償すべき。
３、被告潘竜潤に出頭命令を送達したが、理由なく出頭せず。ただし「被告潘英漢はすでに18歳（成人）であり、事故の責任は自分と関係しない」と主張した。
４、被告楊順華は以下のように主張した。被告潘英漢はすでに満18歳[24]であり、道路交通事故の責任負担について、被告楊順華・潘竜潤と関係しない。
５、被告朱万金は以下のように主張した。事故の過失割合区分、責任の認定については、道路交通主管行政部門の認定にしたがい、同時に賠償建議にしたがって賠償責任を決めるべきである。
（三）一審の事実と証拠
四川省金堂県人民法院が公開審理を通して以下の事実が判明した。1998年11月10日20時頃、原告張文建が被告潘英漢、蘇剛忠、呉国鋒を金堂県趙鎮に行こうと誘った。被告潘英漢が運転する自動車登録していない二輪バイクに、原告張文建、蘇剛忠、呉国鋒が乗り、家を出発した。広金路18キロプラス100メートルで、対向車線を走る被告朱万金が運転する四輪トラクター（車番：川 A30562）と衝突し、原告張文建は右脛腓骨開放・粉砕骨折傷を負った。原告張文建は当日に金堂県第一人民医院に搬送され、治療を受けた。後に、金堂県公安局交通警察大隊の許可をうけ、華西医科大学付属第一医院と四川省監獄管理局中心医院に転院し、治療を受けた。入院115日、医療費27,734.39元を支払い、なお継続治療費は8,000元である。華西医科大学法医学技術鑑定センターの鑑定によれば、原告張文建は右脛腓骨骨折、完全に負重できなく七級障害、肢体が６cm 縮短し九級障害に属する。鑑定費は400元であった。被告潘英漢は橈骨粉砕骨折、右脛腓骨骨折を負い、当日に金堂県第一人民医院に搬送され、三日入院治療を受け、医療費2,477.80を支払った。後に、公安機関の同意を得ず広漢市骨科医院に転院し入院治療46日、医療費2,974元を支払い、継続治療費は5,000元である。本件事故について金堂

[24] 民法通則第４条によれば、年齢18歳をもって成人とする。

県公安局交通警察大隊の認定によれば、被告潘英漢は未登録車輌を運転したため主要責任を負い、被告朱万金は道路交通法違反運転であったため副次責任を負う。原告張文建は副次責任を負う。

ほか､四川省公安庁交通管理局道路交通損害賠償基準の規定によれば、負傷者の入院食補助費基準は一人一日10元、介護費は一人一日12.74元、休業補償および障害者補助費は毎年1,465元。原告張文建は交通費600元を使い、被告潘英漢は交通費100元を使った。被告潘英漢は16歳より独立し生計を立てるようになったが、両親と同居、固定収入がない。

上記事実について以下の証拠がある：

１、1998年11月13日金堂県公安局交通警察大隊第99039号道路交通事故責任認定書。

２、1999年12月22日金堂県公安局交通警察大隊第99012号道路交通事故損害賠償調解終結書。

３、原告張文建の金堂県第一人民医院、華西医科大学付属第一医院、四川省監獄管理局中心医院の医療費領収書、病状証明。四川省監獄管理局中心医院による原告張文建の再（継続）医療の証明。

４、原告張文建に関する華西医科大学法医学技術鑑定センターの鑑定書、鑑定費領収書。

５、原告張文建が原告潘英漢にバイクに乗せて趙鎮に行くように要請したことに関する、証人唐世偉、林昌波による書面証言。

６、被告潘英漢の金堂県第一人民医院、広漢市骨科医院入院治療の医療領収書。広漢市骨科医院による再（継続）医療に5,000元を必要とする証明。

７、四川省公安庁交通管理局交通事故損害賠償基準。

８、金堂県公安局が交付した被告潘英漢の身分証明証。被告潘英漢の生年月日は1980年12月９日であることが証明される。

９、四川省成都市公安局車輌管理所1997年11月27日に審査・交付した自動車免許証により、被告潘英漢の免許資格は「C」であり、有効期限は2003年11月27日。

10、当事者の陳述等。

（四）一審判決理由

四川省金堂県人民法院は以下のように認定する。被告潘英漢は未登録

車輌を運転したことは､「中華人民共和国道路交通管理条例」に違反し、道路交通事故を発生させたため、主要な責任を負うべきである。被告朱万金による道路交通法違反の運転が事故を発生させた原因の一つであるため、副次的責任を負うべきである。原告張文建が被告潘英漢に未登録車輌を運転させたのは道路交通法規に違反するため、副次的責任を負うべきである。被告潘英漢が入院した後に、公安機関の許可を得ずに転院し治療を受けた。「道路交通事故処理辦法」の規定に基づき、転院治療の費用は自己負担となり、主張した広漢市骨科医院治療、介護、休業補償などの費用の支払いは認められない。被告潘英漢は事故発生時に、まだ18歳未満であり、かつ安定した経済収入と貯蓄もなく、自ら弁償能力があることが証明されていないので、民事責任を単独で引き受けることができない。被告潘竜潤、楊順華は道路交通事故の発生とは無関係であるが、その子供である被告潘英漢は訴訟時には18歳になったとはいえ、交通事故を発生させた時点では18歳未満であり、民事責任を引き受ける能力はない。最高人民法院の「『中華人民共和国民法通則』の徹底執行に関する若干問題の意見〔試行〕」の規定に基づき、被告潘竜潤、楊順華は後見人の身分にて民事責任を負う。原告張文建の医療費27,734.39元、入院115日の食事補助費は毎日10元計1,150元、介護費毎日12.74元計1,465.10元、障害者生活補償費は20年で計算して毎年1,465元に傷害等級42％を計算して計12,306元、休業569日逸失収入を毎日12.75元計7,249.06元、交通費600元、再（継続）医療費8,000元、傷害鑑定費400元、合計58,904.55元。被告潘英漢は、医療費2,477.80元、入院３日の食事補助費は毎日10元計30元、介護費毎日12.74元計3,823元、休業３日逸失収入を毎日12.75元計38.22元、交通費100元、合計6,469.02元。上記損失は合計65,373.57元、被告潘英漢、被告朱万金、原告張文建の負うべき責任によって、各60％、30％、10％を分担させる。

（五）一審審理結論

四川省金堂県人民法院は民事訴訟法第120条130条、民法通則第57、第119条、131条、道路交通事故処理辦法第19条３項、第35条、第36条、第37条、第39条、「『中華人民共和国民法通則』の徹底執行に関する若干問題の意見〔試行〕」第161条１項に従い、以下判決する。

１、被告潘英漢が原告張文建に医療費、傷害補償費などを経済損として

39,224.14元（65,373.57元×60％）を賠償せよ。上記賠償金について、被告潘竜潤、楊順華が判決の効力が発生してから15日以内に弁済せよ。
２、被告朱万金が張文建に医療費、傷害補償費等19,612.07元（65,373.57元×30％）を賠償せよ。
３、原告張文建が医療費、休業補償費6,537.36元（65,373.57元×10％）を負担せよ。

判決した後、双方当事者はいずれも上訴していない。被告潘英漢は判決の効力が発生した後に四川省金堂県人民検察院に申訴を提起した。2002年10月10日に四川省成都市人民検察院が成都市中級人民法院にプロテストを提起した。2002年10月15日に、成都市中級人民法院が裁定を下し、四川省金堂県人民法院に新たな合議廷を構成して再審を行うように指示した。

（六）再審状況

１、再審当事者の主張と抗弁

（１）原審被告潘英漢は以下のように主張した。金堂県人民法院は法廷を三回開き､最後に開いたのは2000年２月23日であった。結審した後に、原審原告張文建は2000年４月18日に新たに休業補償の請求を申請し、休業補償を210日から569日に変更すると同時に四川省監獄管理局中心医院が2000年４月17日に発行した病状診断証明書を法院に提出した。原審法院は審理を経ずにそれを事実として認定したことが、法定手続に違反しているため、法に基づいて再審を行うべきである。

（２）四川省成都市人民検察院は以下のように主張した。被申訴人張文建は2000年４月18日に原審法院に休業補償の期間を210日から569日に変更するように請求し、同時に新たな証拠を提出した時にすでに結審していた。民事訴訟法の関係規定によれば、当事者が新たに訴訟請求を提出ないし訴訟請求を変更した場合、民事訴訟の各当事者が同様な訴訟権利を保護されるために、いずれも新たに法廷を開き審理を再開すべきである。当事者が提供した新たな証拠について、双方当事者の充分な弁論、証拠調べを経らなければならず、法廷において弁論、証拠調べを行われていない証拠は裁判の根拠にしてはならない。故に、原審法院は被申訴人が訴訟請求を変更した後に法廷を再開せずに判決を下したことは、法律によって付与されたもう一方の当事者の弁論権と反駁権を剥奪したこ

とになり、民事訴訟法の基本原則に相違する。民事訴訟法第８条第12条第66条の規定に抵触し、手続違反に属する。本件の正確な判決を行うには影響を与えた可能性があるため、民事訴訟法第185条１項３の規定に基づき、プロテストを提起し、法律に基づいて再審を行うことを要請する。

２、再審の事実と証拠

2002年11月12日に、再審を行う金堂県人民法院が原審原告張文建、原審被告潘英漢、潘竜潤、楊順華、朱万金にそれぞれプロテスト副本と召喚状を送付し、成都市人民検察院が指定した金堂県人民検察院に開廷通知書を送付した。2002年12月13日に再審が開廷した時、金堂県検察院の検事二名のみ出廷し、原審原告張文建、原審被告潘英漢、潘竜潤、楊順華、朱万金は出頭しなかった。

ほか、原審判決が効力発生した後、原審原告張文建が金堂県人民法院に執行を申請し、2000年11月17日に執行過程において原審被告潘英漢（被執行人）と原審原告と執行和解協議を達成した。すなわち、潘英漢が張文建に損害賠償金として27,000元を支払い、張文建は10,000元を譲歩した。なお、双方当事者は和解協議をすでに履行した。2002年11月６日に、申訴人潘英漢は金堂県人民法院が送達した成都市人民検察院のプロテスト副本を受け取った後、すでに張文建と和解し和解協議を履行した旨を陳述し、金堂県人民検察院に申訴の取下げを申請した。2002年11月12日に、原審被告潘竜潤は同様な理由にて、金堂県人民検察院に申訴の取下げを申請した。2002年11月12日に金堂県人民法院は「（2002）金堂民再字第１号建議プロテスト撤回書簡」を以て、成都市人民検察院にプロテストの撤回を建議した。

上記事実について以下の証拠がある：

（１）金堂県人民法院の召喚状、通知書。

（２）2002年12月13日金堂県人民法院の開廷記録。

（３）潘英漢、潘竜潤が金堂県人民検察院と金堂県人民法院に提出した申訴撤回申請書。

（４）金堂県人民法院による「（2002）金堂民再字第１号建議プロテスト撤回書簡」。

（５）潘英漢と張文建が達成した執行和解協議と履行状況

３、再審審理結論

四川省金堂県人民法院は「中華人民共和国民事訴訟法」第184条１項、最高人民法院「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要」第20条の規定に従い、以下裁定する。

（１）本件再審手続を終結させる。

（２）原審判決の執行を恢復。

（七）解説

本件はプロテストによって審判監督手続が発動される再審事案である。再審手続が始動した後、双方当事者がいずれも出廷しない状況は裁判実務では尋常ではないが、しかし民事権利義務の特殊性に従えば回避できる状況でもない[25]。

１、原審に存在する問題に関して。原審の手続と実体面においては以下の問題が存在する。一つは、検察機関によるプロテストの理由に示されているように、原因は、法廷において証拠調べ、認定しない事実をそのまま採用し、かつその事実は案件の実体処理にかかわるものであるため、「中華人民共和国民事訴訟法」第８条、第12条、第66条の規定に違反する。二は、事件の実体処理上、人身損害賠償の範囲を張文建と被告潘英漢の医療費、休業補償、介護費などと認定したが、しかし判決では被告潘英漢が実際使っていた自己医療費2,864.24元は、負担すべき3,953.27元より差し引いていない。よって、被告潘英漢は実際2,864.24元多く負担するようになった。そのほか、「四川省『道路交通事故処理辦法』実施における若干の問題の暫定規定」という地方行政規定を直接判決の依拠にしたこと、判決主文の用語が不適切などの問題も存在する。原審について、確実に再審を必要とする問題が存在していた。

２、検察機関のプロテストおよびその受理と審理。成都市人民検察院が「原審が法定手続に違反し、案件判決の正確さに影響を及ぼす可能性がある」を理由に、成都市中級人民法院にプロテストを提起したのは「中華人民共和国民事訴訟法」第184条の規定に符合し、成都市中級人民法院が「中華人民共和国民事訴訟法」第186条、第184条、第183条の規定

[25] 中国の裁判例の中、とくに解説の部分において意味不明な表現など多く存在するが、ここではその本意を推測せずに、そのまま訳す。

に依拠し、原審金堂県人民法院に新たに合議廷を構成し再審を行うように指定し、さらに再審期間中に原審判決の執行を中止する裁定は適切である。金堂県人民法院が第一審普通手続の法律規定にしたがい審理を行うのも適切である。しかし、原審被告潘英漢が検察機関に申訴を提起した後に、法院が効力を発した原審判決に基づく執行過程において、原審原告張文建と執行和解協議に達し､かつすでに履行したため､申訴によって解決を求める問題はすでに存在しない。かつ被告潘英漢と被告潘竜潤が法院によって送達されたプロテスト意見書、法院が再審手続に入った裁定書を受け取った後に、書面にて明確に検察機関に状況を説明し、再び訴訟を行うことを望まず申訴の撤回を申請した。この場合、法院は最高法院「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要」第14条１項「…執行和解した案件…人民検察がプロテストを提起した場合は、人民法院は受理しない」、第２項「受理しない案件について、人民法院はまず人民検察院と協議すべき、人民検察院にプロテストの撤回を要請し案件を取下げる。人民検察院がプロテストを維持する場合は､受理しないように裁定する」の規定を参照すべきである。法院がプロテストを受けてから、原審記録を再審査した時にはじめて当事者が既に和解をしたのを知った。これは検察機関がプロテストを提起した際、または法院がプロテストを受理した際に、いずれも審査が不十分であったことが反映されている。金堂県人民法院が「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要｣第20条｢…法に基づき召喚したが、プロテスト機関に申訴を提起した一方当事者が正当な理由がなく出頭しない、あるいは申請の撤回を表明した場合、検察機関にプロテストの撤回を建議すべき」規定に従い、申訴を受理した金堂県人民検察院とプロテストを提起した成都市人民検察院にそれぞれ書面にてプロテストの撤回を建議した。本来ならば検察機関はプロテストを撤回するはずだが、実際には撤回していないため、再審法院である金堂県人民法院が再審手続に関する規定によって審理をおこなわなければならない。金堂県人民法院が各当事者に召喚状を送り、検察機関に出廷通知書を送って法律に基づき開廷審理を行ったのは適切である。しかし、本件の再審は実質的にすでに意義がなくなり、かつすでに終息した紛争が再び対立を起こすことになりかねない。各当事者が出廷せず、最

終的には再審審理には、［抗訴］機関が派遣した検察員しか出廷しない状況になった。金堂県人民法院は「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要」第20条「法律に基づいて召喚したが、当事者がいずれも出廷しない場合は、再審手続を終結すると裁定すべき」規定を参照し、裁定によって本件再審手続を終結させ、原審判決の執行を恢復させた。ようやく実質的な意義がなかった再審手続きが終結した。

３、最高人民法院による「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要」が司法実践における適用。「中華人民共和国民事訴訟法」が民事案件の［抗訴］について、原則的な規定しかなく、司法実践では操作が難しい。2001年11月１日に最高人民法院は、各法院が民事、行政［抗訴］案件の審理手続を規範させるために、「全国審判監督工作座談会における目前審判監督工作の若干問題に関する紀要」を交付し、「各地法院に参照し執行することを望む」とした。紀要では、民事、行政の［抗訴］案件について、受理範囲、審理範囲、審理手続、裁判方式などの方面について相対的に具体的に規定した。民事、行政の［抗訴］案件の審理を規範し、助けとなる。目下、民事訴訟法には［抗訴］制度は依然として存在するが、まだ法律、司法解釈がない状況ではこの紀要を執行すべきである。（解説執筆者＝張順強[26]）

【コメント】

本件とは、張文建（X）は潘英漢（Y1）が運転する未登録バイクに乗り走行中に、朱万金（Y2）が運転する自動車と衝突して負傷し、X がY らに医療費などの損害賠償を求めた訴訟である。本件原告の請求項目・金額と法院が認定した項目・金額は、〔表１〕で示すように、ずれがある。すなわち、法院は原告が請求していない「将来医療費」「入院

[26] 判例本文では、執筆者の所属と身分を記していないが、2002年と2007年に張順強氏が発表した論文（「鑑定結論運用状況的調査与思考」中国司法鑑定2002年４期17－20頁、「構建和諧社会視野下修復性司法之借鑑—由一篇報道引発的思考」法律適用2007年10期53－57頁）に記された所属は金堂県人民法院であったため、本件案例評釈執筆時の所属は金堂県人民法院と推測される。

食事補助」「介護費」「休業補償」を付け加え、判決した。本件からは判決の範囲が必ずしも当事者の請求に拘束されず、法院は裁量によりそれを超えて判決する実態を看取することができる。

法院が当事者の請求に拘束されずに、以上のように判決した狙いは、おそらく別訴防止のためであろう。そのほか、審理の経過を示す〔表２〕から分かるように、当事者がいったん検察院にプロテストを申請したが、後に当事者間に和解ができかつ和解案を履行した。二年経ってからようやく検察院がプロテストを発動したが、検察は法院による「撤回建議」と当事者による取下げ申立てを無視して法廷を開かせ、当事者が望まない訴訟を開始させた。検察院も当事者の処分権に介入できることを示す格好の例でもある。

〔表１〕当事者の請求と判決

<table>
<tr><th></th><th>Ｘの請求金額</th><th>法院認定した損失</th><th>判決金額</th></tr>
<tr><td>医療費</td><td>27,754.48元</td><td>27,734.39元</td><td rowspan="8">Y1が<br>39,224.1元<br>を賠償<br><br>Y2が<br>19,612.07元<br>を賠償</td></tr>
<tr><td>交通費</td><td>600元</td><td>600元</td></tr>
<tr><td>［残疾者生活補助費<br>（障害者生活補償費）］</td><td>12,306元</td><td>12,306元<br>（1,465元×20年×42％）</td></tr>
<tr><td>鑑定料</td><td>400元</td><td>400元</td></tr>
<tr><td>将来医療費</td><td rowspan="4"></td><td>8,000元</td></tr>
<tr><td>入院食事補助</td><td>1,150元（10×115日）</td></tr>
<tr><td>介護費</td><td>1,465.10元（12.74×115日）</td></tr>
<tr><td>［誤工費（休業補償）］</td><td>7,249.06元（12.74×569日）</td></tr>
<tr><td>合計</td><td>41,060.48元</td><td>58,904.55元</td><td>58,836.21元</td></tr>
</table>

〔表２〕審理経過

| 審理経過（年月日） | 内　　容 |
| --- | --- |
| 1998年11月10日 | 交通事故発生。原告張文建、被告潘英漢が負傷。 |
|  | 金堂県第一人民病院に搬送、入院治療。<br>後に、原告張文建が公安機関の同意を得て、華西医科大学付属第一病院、四川省監獄管理局中心病院に転院。入院115日。<br>被告潘英漢は金堂県第一人民医院に入院３日の後、公安機関の同意を得ずに広漢市骨科医院に転院、入院46日。 |

| | |
|---|---|
| 1999年12月22日 | 金堂県公安局交通警察大隊が当事者らに、第99012号道路交通事故損害賠償調解終結書を交付。 |
| （おそらく）2000年 | 原告側が損害賠償を求めて提訴。被告潘英漢反訴。 |
| 2000年２月23日 | 結審。 |
| 2000年４月18日 | 原告張文建が休業補償請求を210日から569日に変更、病院が発行した病状診断証明書を提出。 |
| 2000年５月７日 | 金堂県人民法院一審判決。 |
| 不明 | 被告潘英漢は申訴[27]を提起。 |
| 2000年11月17日 | 原告と被告の間に執行和解協議ができ、かつ履行。 |
| 2002年10月10日 | 四川省成都市人民検察院が四川省成都市中級人民法院に［抗訴（プロテスト）］を提起。 |
| 2002年10月15日 | 四川省成都市中級人民法院が金堂県人民法院に、合議廷を再組織し再審をおこなうように指示。 |
| 2002年11月６日 | 被告潘英漢［抗訴書］を受け取る。金堂県人民検察院に和解ができた旨を伝え、申訴の撤回を申請。 |
| 2002年11月12日 | 被告潘竜潤は上記と同じ理由にて、申訴の撤回を申請。 |
| 2002年11月12日 | 金堂県人民法院が「（2002）金堂民再第１号建議撤回抗訴函」を以て、成都市人民検察院に［抗訴］の撤回を建議。 |
| 2002年12月13日 | （成都市人民検察院、金堂県人民検察院が［抗訴］を撤回せず）金堂県人民法院にて、再審開始。 |
| 2002年12月17日 | 再審終結。 |

### （２）婚約解消による結納金返還請求に対して法院が費目を追加した裁判例

【事例２】[28]

原告・被控訴人Ｘ：宋光立

被告・控訴人Ｙ：郭曇香

（一審）受訴法院と判決年月日：獲嘉県人民法院1998年12月４日判決。

【事実の概要】

1997年に、ＸとＹは他人の紹介で知り合った。1998年に婚約した際、ＹはＸに結納金として3,000元を求めたところ、Ｘがそれに応じた。しかし、その後、ＸとＹが互いの性格が合わないことを理由に婚約を解

27　申訴について、木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門〔第６版〕』（有斐閣、2012年）301頁参照されたい。

28『法院案例選〔2001年１輯〕』48－52頁。

消した。Ｘ がＹに結納金の返還を求めたが、Ｙは結納金として1,000元を受け取ったのは事実であるが、残りの2,000元は結納金ではなく、Ｘの両親から贈与されたものとして、返還に応じなかった。

【当事者の請求】

Ｘ はＹに結納金3,000元の返還を請求する。

【判旨】

婚姻法第３条に従い、判決の効力が発してから５日以内に、Ｙ はＸに結納金3,000元返還せよ。

【判決理由】

Ｘ がＹに結納金として3,000元を渡したことは、事実は明白であり、証拠が充分であるため認定すべきである。Ｙ は婚約解消したので、本来ならば自ら結納金を返還すべきである。Ｙ の抗弁、すなわち2,000元はＸの両親による贈与であるとは、証拠不足のため認定しない。

（二審）受訴法院と判決年月日：新郷市中級人民法院1999年３月17日判決。

【上訴理由】

（2,000元はＸの両親による贈与であるため）Ｙ は原審判決の取消し、Ｘの請求の棄却を求めた。Ｘ は原審判決の維持を求めた。

【判旨】

民事訴訟法153条１項（一）（三）に従い、（１）獲嘉県人民法院一審民事判決を維持する。（２）判決の効力が発してから５日以内、Ｘ はＹに（礼金であった）100元を返還せよ。

【判決理由】

法院の調べにより以下の事実がわかった。Ｙ とＸが婚約する際、ＸがＹに1,000元をハンカチで包んで渡し、Ｙ はＸに礼金として100元をハンカチで包んで渡した。Ｙ が帰る際に、Ｘ の両親が黒い鞄をＹに渡し、その中に2,000元が入っていた。法院は婚約のときに、双方が相手に渡した金品は贈与に当たらないと考え、よって相互渡したものは互いに返還すべきである。原審判決はＹ がＸに渡した100元について調べず、認定しなかったのは妥当でない。

【コメント】

二審では、当事者が争う3,000元の帰属について審理を限定すべきで

あるが、当事者らの請求にない100元について法院が自ら取上げ、新たに項目を立て判決した。本来ならば、Ｙが100元について請求するか否かはＹの判断に委ねるべき事項であり、この判決は当事者の請求範囲を超えた判決であることが明確であろう。

法院が当事者の請求を超えた判決を下した狙いは、紛争の一括処理、別訴防止にあると推測される。

なお、判例集の編集者による評釈では、婚約解消した際の婚約時の金品交換の扱いについて論じているが、100元を判決に含めたことについて言及していない。つまり、判決が当事者の請求を超えることについて、問題視していない。

**〔表３〕当事者らの請求と判決**

| | Ｘの請求 | Ｙの抗弁 | 一審判決 | 二審判決 |
|---|---|---|---|---|
| 結納金 | 3,000元返還 | | 3,000元返還 | 3,000元返還 |
| 結納金 | | 2,000元返還義務無し | | |
| 礼金 | | | | ＸからＹに礼金100元返還 |

### （３）所有権による耕作用の牛の返還請求に対して法院が飼育費を追加した裁判例

【事例３】[29]

原告Ｘ：陳安明

被告Y1：陳安花

被告Y2：李佃香

受訴法院と判決年月日：山東省章丘市人民法院、2002年４月29日。

【事実の概要】

2001年１月22日に、村民委員会[30]はY1より4,000元を借り入れ、利息を

[29]『審判案例要覧〔2003年〕』183－185頁。受訴法院と判決年月日：山東省章丘市人民法院、2002年４月29日。

[30] 村民委員会とは、「村民委員会組織法」にもとづいて設置された大衆組織である。その性格、組織、活動について、高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998年）33頁参照されたい。

年2.5分と約定し、期限は10ヶ月と約定した。そのときに、Xは村民委員会の代表であり、借り入れ手続を担当した。返済期日に、村民委員会が経済的困難であったため、返済ができなかった。2001年11日20日午前８時頃に、Yらは X の家に押しかけ返済を求めたが、応じてもらえなかったため、Y1は X が所有する牛二頭を連れ帰った。

【当事者の請求】

X は、牛二頭の返還を求める。Y らは、貸金の返済を求めて反訴した。

【判旨】

民法通則117条、134条に従い、（１）Y1は判決の効力が発して２日以内に、X に牛二頭を返還せよ、（２）X が判決の効力が発して２日以内に、Y1に牛の飼育費として400元を支払え、（３）訴訟費用170元について、X が50元、Y が120元それぞれ負担せよ。

【判決理由】

X は1996年12月から2001年１月まで村の党支部書記であり、在任中に職務遂行のために Y1より金を借り入れた。村が経済問題を抱えていたため、返済期日になっても返済ができなかった。Y1が提起した反訴である、X と Y1との貸金返還問題は、本件訴訟とは法律構成が異なるため、本件訴訟ではそれについて審理しない。Y1は貸金を返してもらえないことを理由に、牛を連れて帰ったことは法的根拠がない。したがって、Y1は X に牛を返還すべきである。Y1が牛を連れて帰ったのち、５ヶ月にわたって飼育したことについて、適切な補償を与えるべきである。

【コメント】

本件判決は、〔表４〕で示されているように、牛の飼育費を判示した部分は当事者の請求よりはみ出ている。

飼育費を判示した法的根拠について、判決文では触れていないが、判例集の編集者による評釈には以下のような記述がある。「Y1が牛を連れかえったのちに、過激な手段をとっておらず、５ヶ月にわたって牛を飼育した。牛を連れかえった目的とは、X に貸金の返還を催促するためである。民法通則93条の規定によれば、法律上の或いは約定の義務がなく、他人の利益が損失を受けるのを避ける為に管理或いは奉仕を行ったときは、受益者にそれにより支出した必要な費用の支払いを要求する権利を有する。したがって法院は X が Y1に飼育に必要な費用を支払うように

判決したのは、情に適い理に適う」[31]。つまり、法院は当事者が主張していない牛の飼育費について、事務管理を根拠に判決したようである。

このように、法院は当事者が主張しない事項を自ら取り上げ、かつ自ら法的根拠を探して判決している。

法院がこのように判決した意図とは、判例編集者が指摘したように判決が「情に適い理に適う」にするためである。そのほかにこの判決の狙いは、Y1による飼育費を請求する別訴提起を防ぐためでもあろう。

〔表４〕当事者の請求と判決

| | Ｘの請求 | 判　決 |
|---|---|---|
| 牛の返還 | Ｙらより牛二頭の返還 | Y2より牛二頭の返還せよ |
| 飼育費 | | ＸがＹらに飼育費400元を支払え |

### （４）不動産賃貸借による立退き請求に対して法院が原告に立退人にほかの住居を提供するように命じた裁判例

【事件４】[32]

原告・被控訴人 X1：景徳鎮珠山服務公司

訴訟代理人：貢聖発、景徳鎮市昌江区弁護士事務所・弁護士

原告 X2：景徳鎮房地産管理局企業用房管理所

訴訟代理人：李長福、景徳鎮渉外弁護士事務所・弁護士

被告・控訴人 Y1：黄四妹

被告・控訴人 Y2：王栄貴

被告・控訴人 Y3：王金栄

被告・控訴人 Y4：王小庭

被告・控訴人 Y5：王栄斌

（一審）受訴法院と判決年月日：江西省景徳鎮市珠山区人民法院、1991年11月28日。

【事実の概要】

1980年頃より Y1は夫（訴外Ａ：王清印、1990年死去）の会社である

31 『審判案例要覧〔2003年〕』185頁。

32 『審判案例要覧〔1993年〕』501－504頁。

X1より本件住宅を賃借し居住した。本件住宅は二階建てであり、Ｙらは二階の部分（約30平米）に居住し、一階の店舗の一部（一階面積の三分の二）を利用して店を開いた。1990年にＸらはＹらに店舗部分については賃貸しておらず、その使用は不法占拠であることを理由に、Ｙらに店舗より立ち退きを求めたが、Ｙらはそれに応じなかった。

【当事者の請求】

Ｘらは賃貸契約解除により、本件住宅よりＹらの立ち退きを求める。Ｙらは本件不動産がＸらではなく、1957年に（訴外）石獅埠房管所より賃借したとして、Ｘらが賃貸契約を解除する権利がないことを理由に、本件住宅を賃貸する権利を有することの確認を求めた。

【判旨】

（１）判決の効力が発して三ヶ月以内に、Ｙらは本件不動産より立退け。（２）X1は判決の効力が発して三ヶ月以内に、Ｙらに面積は40平米以上の住居を［安排（手配・提供)］せよ[33]。

【判決理由】

Ｙらが居住する本件住宅はX2が管理する国有財産である。X1はX2より賃借したのちに、X1の職員であるＡに賃借した。Ｙらが本件不動産は石獅埠房管所より賃借した（よってＸらが賃貸を解除できない）とする主張は証拠がないため、認定しない。

（二審)：受訴法院と判決年月日：江西省景徳鎮市中級人民法院、1992年５月５日。

【上訴理由】

Ｙらは1957年に石獅埠房管所より本件住宅を賃貸し居住、1980年前後に、X1がＡを雇用するにあたり、X1を経由して賃貸すること（X1が肩代わりに家賃を支払う）になったと主張し、Ｘらは賃貸契約を解除する権利がないことを理由に、（１）原審判決の取消、（２）石獅埠房管所との賃貸関係を回復させ、本件不動産の継続賃貸を請求した。X1は、本件不動産はX1とY1ではなく、Y1の夫であるＡの間の賃貸契約であり、立ち退きを求める権利を有することにより、原審判決の維持を求めた。

33 判決では、引用条文に関する記載がなく判決の法的根拠は不明である。

【判旨】

民法通則６条、117条、民事訴訟法153条第１項（一）に従い、（１）原審判決取消。（２）本件不動産は、引き続き X1は X2より賃借する。（３）本件不動産については、Y らは引き続き二階部分に居住する。X1が、Y らが一階部分を通行するために、幅１メートルの通路（階段）を設置せよ。（４）Y らの居住部分について、使用面積を計算したうえ、景徳鎮不動産管理部門の家賃基準にしたがい、1992年より Y らが X1に家賃を支払え。

【判決理由】

法院の調査により、以下の事実が判明した。本件不動産は1957年に石獅埠房管所が管理していたが、1980年 X2が設立されて以降、X2の管理下に置かれた。1980年に X1が本件住宅を賃借し、X2に家賃として月146.16元を支払っていた。A と Y らは1957年より本件住宅に居住し、1980年より A が X1の職員となったに際し、A と Y らは X1より本件住宅を賃借することとなった（X1が X2より住宅を借り上げ、二階の部分についてのみ A と Y らに与え使用させた）。

Y らが主張する「石獅埠房管所より賃借した」ことについて証拠を提出できなかったため、認定しない。Y らが一階部分を占拠したことは法的根拠がなく認められない。しかし、実際の状況を考えれば、原審判決は執行困難であるため、企業の正常な営業を保護し、かつ控訴人らに住む場所を提供するために、使用現状を維持させるのがよいであろう[34]。

【コメント】

当事者の請求より判決の対象は、以下のようにはみ出ている。一審判決では、法院は当事者の主張にない、Y らに「40平米以上の住居を手配・提供」という項目を判決に含めた。二審では、新たに当事者が主張していない一階部分に通路を設けること、さらに家賃の支払い方法まで詳細に決めた。そして、二審では、X2が当事者でなくなったにもかかわらず、判決文に「引き続き X1は X2より賃借」とする内容を盛り込んでいる。

[34] 本件不動産一階の使用について、判決では明白に判示していないが、判決の３項より、Y らが引き続き二階を使用、X らが一階部分を回収すると推測される。

本件訴訟に対する編集者の評釈にあった以下の内容が興味深い。「一審判決は［合法合理（合法的であり、理に適う)］である。しかし、二審法院は目下の社会実際状況から出発し、一審の処理結果が執行困難であるため、双方当事者が不便を感じると考え、企業と公民個人の権利・利益を考慮したうえで判決を改めたのは､執行に有利であるだけでなく、双方当事者の実際の利益の保護となるため、妥当である」[35]。評者の主張を言い換えれば、原審判決が法律的に正しくても、執行の問題、目下社会状況、当事者の実際の利益を考えれば、判決を改めるべきである。判決に際してこれらをも考慮した狙いとは、紛争の有効的かつ包括的な処理であるといって差し支えない。しかし、有効的かつ包括的な処理が法院の任務とするならば、当事者の潜在的な利益のみならず、当事者を取り巻く社会状況までも考慮した上で判決しなければならない。その場合は、当事者の請求に審理が拘束されるべきであるとする処分原則は後退を余儀なくされることになる。

### （５）不動産賃貸借による立退き請求に対して法院が原告に立退人が過払いした賃料を返還するように命じた裁判例

【事例５】[36]

原告・被控訴人Ｘ：雲南省流行病防治研究所

訴訟代理人（一審、二審）：周文曙、大理市経済弁護士事務所・弁護士

被告・控訴人Ｙ：龔正坤

訴訟代理人（二審）：楊崑林、羅会雲、大理市第二弁護士事務所・弁護士

（一審）受訴法院と判決年月日：雲南省大理市人民法院、1993年８月16日。

【事実の概要】

Ｙの父Ａ（訴外）はＸの副所長であり、1987年にＡはＸより３LDKの住宅を賃貸した。1991年にＡが死去したのちも、Ｙが本件住宅に住

[35] 『審判案例要覧〔0993年〕』504頁。

[36] 『審判案例要覧〔1994年〕』658－662頁。

居し現在に至る。1991年１月20日に、Ｘが書面にてＹに1991年２月28日までに本件住宅より立ち退き、それに応じない場合は、(通常より高く）毎月平米1.2元計90元の家賃を徴収する旨を通知した。Ｙは立ち退きに応じず、1991年３月から８月までＸに月90元の家賃を支払った。1993年３月20日に、Ｙは中国人民銀行よりＸに家賃、水道費、電気料として1,000元を振り込んだ。この間にも、ＸはＹのもとを数回訪ね、立ち退くように要求し、かつＹが所属する職場まで訪問しＹに住宅の提供するように要請した。後に、Ｙの職場がＹに住宅を提供しようとしたが、Ｙはその住宅の条件が悪いことを理由に、立ち退きを拒み続けた。

【当事者の請求】

ＸはＹに本件住宅よりの立ち退きを求める。Ｙは民法通則と関連する住宅制度により、（１）Ｙが本件住宅に対して優先購買権があると主張し、本件住宅の購入許可を求める。（２)1991年３月より、すでにＸに（懲罰として）不合理な高価な家賃を支払い続けてきたため、立ち退く義務がないと主張した。

【判旨】

民法通則73条、134条に従い、（１）Ｙが判決の効力が発して三ヶ月以内に、本件住宅より立ち退け。（２)1991年３月より立ち退きが完了するまで、本件住宅の家賃を平米0.6元と計算し直し、(1991年３月より）Ｘが過剰に徴収した家賃をＹに返還せよ。

【判決理由】

Ｘは本件住宅の所有権を有し、法律にもとづき占用、使用、収益と処分する権利を有する。本件住宅はＹの父であるＡがＸより賃借したため、Ａが死去したのち、関係規定にもとづきＹが立ち退かなければならない。ＸがＹに立ち退きを求めた原因とは、本件住宅を売却するためではなく、ほかの職員の住居問題を解決するためである。ゆえに、優先購買権を論じる余地がなく、またそれを理由に立ち退きを拒む法的根拠がない。ＸがＹより平米1.2元とする家賃は通常より高く、過剰徴収した部分についてＹに返還すべきである。

（二審）受訴法院と判決年月日：雲南省大理白族自治州中級人民法院、1993年11月３日。

【上訴理由】

Ｙは（本件は人民法院の管轄ではなく、住宅改革部門が処理すべきである。大理市住居改革関連規定によれば、Ｙは優先購買権があることを理由に）（１）原審判決取消、Ｘの請求を棄却。（２）Ｘに住宅管理部門に処理を求めるように通知する、と請求した。

Ｘは、Ｙの上訴を棄却、原審判決維持を求めた。

【判旨】

民事訴訟法153条１項に従い、Ｙの上訴棄却、原審判決維持。

【判決理由】

本件訴訟とは、ＸとＹの間における賃貸関係の終了に関する紛争である。Ｙは自分に優先購買権があると主張するが、しかし、Ｘが職員にだれ一人に住宅を売っていないため、優勢購買権は存在しない。Ｙの上訴は法的にも、政策的にも根拠がなく、支持しない。

【コメント】

本件訴訟では、法院は当事者が主張していない「過剰に徴収した家賃の返還」という項目を判決に含めている。その狙いは別訴防止であろう。さらに、Ｘが一審において「1991年３月より、すでにＸからの懲罰をうけ、不合理な高価な家賃を支払い続けてきたため、立ち退く義務がない」を主張したことを合わせて考えれば、過剰徴収した家賃の返還を判決に含ませた理由は、本判決を当事者に受け入れさせるための工夫でもあったかもしれない。

なお、判例編集者の評釈では、本件判決は、①Ｙの職場がＹに住居を提供しようとしたが、Ｙは条件が悪いことを理由に立ち退きを拒んだこと、②Ｘは職員の住居が足りず、本件住宅の回収が緊急であることを基礎にしているため、「情に適い、理に適う」[37]と評価している。

### （６）契約履行請求に対して法院が契約無効と命じたうえ無効の効果について一連の処理まで命じた裁判例

【事例６】[38]

原告Ｘ：四川省国貿有限公司

37 『審判案例要覧〔1994年〕』662頁。

38 『審判案例要覧〔1995年〕』624－627頁。

訴訟代理人：楊達華、四川省成都市第三弁護士事務所・弁護士
訴訟代理人：邱天利、四川省成都市第二弁護士事務所・弁護士
被告Ｙ：四川省民族貿易聯合公司
訴訟代理人：馮昌全、四川省商業庁法律顧問室・顧問
訴訟代理人：黄勇、四川省弁護士事務所・弁護士
（一審）受訴法院と判決年月日：四川省成都市中級人民法院、1994年４月28日。

1993年２月16日にＸとＹ間に、Ｙが所有する本件建物を1,250万元の価額でＸに売り渡す契約を結んだ。契約にしたがい1993年３月16日にＸがＹに手付金として100万元、後に代金の一部である300万元を支払った。1993年４月４日に法律にしたがい、ＸとＹは所有権移転の登記をした。しかし、ＹはＸに土地使用証や建築規格資料を渡すことを拒み、そしてＹは約束通りに1993年６月30日前に本件建物を明け渡すことを履行しなかった。Ｙは明け渡しをしなかった理由について、Ｙは本件建物の売買を締結したのは事実であるが、Ｙは評価価額6,000万元である本件建物を1,250万元でＸに売り渡す契約をしたのは、ほか、ＸはＹが経営する中国西部民族用品卸売市場の建設に、4,750万元を寄付する約束をしたからである。Ｘがその寄付を履行する能力もなく、その約束は本件建物を低価額で購入するための誘餌（おとり）である。

【当事者の主張】

Ｘは本件契約の履行を求める。Ｙは本件契約の無効確認を求めて反訴。

【判旨】

民法通則58条１項（四)、２項、第61条に従い、（１）本件契約は無効である。（２）Ｘは判決の効力が発して１ヶ月以内に本件建物の中に占用した８部屋を明け渡せ。（３）判決の効力が発して１ヶ月以内に、ＸはＹが支払った400万元を返還せよ、ＹはＸに占用した８部屋の賃貸料を以下のように支払え。1993年３月より1993年９月まで３部屋月家賃2,400元を、1993年10月から８部屋月家賃6,400元を支払え[39]。（４）ＹはＸ

[39] 詳細は不明であるが、推測するには、1993年３月よりＸがまず３部屋を使用（占用）し、1993年10月より８部屋を使用（占用）したのではないかと思われる。

に、Ｘが支払った本件建物購入代金（400万元）の利息を建設銀行の建設貸付金利息にしたがい、利息を支払え。（５）Ｘが登記手続を行う際に支払った費用及び土地（増値）税、計223.1080万元について、ＸとＹが半分ずつ負担せよ。（６）Ｙが本件建物をＸに明け渡すために、新たに借りた建物の賃借代金22.351502万元について、ＸとＹが半分ずつ負担せよ。（７）本件判決の効力が発したのちに、本件判決を持って不動産管理部門にて所有権変更の登記をせよ。

【判決理由】

本件訴訟は、二つの契約の関連を問う紛争である。1993年２月10日と16日に、原告と被告の間に、寄付協議と本件売買契約を締結した。法院は、この二つの契約は実際は一体関係にあると考える。まず、Ｙの理事会の決議からでは、本件建物の売買の目的は中国西部民族用品卸売市場の建設の資金調達のためであった。かつ、四川省人民政府が「卸売市場」建設に関する批准文書では、投資金額は6,000万元と定めている。本件建物は、1991年に建設に動じられた資金は1490.584023万元であり、1993年の評価価値が6,000万元とされている。本件契約では、建築費1490.584023万元、評価価値6,000万元の本件建物を、1250万元で売買するのは、特殊な考慮にもとづき結ばれたと考えるのが妥当である。そのほか、当事者らは同じ月に、価値相関の契約を二つ締結したことを鑑み、法院は、この二つの契約は直接関係すると認定する。

本件契約は、寄付協議を前提にし、法律を回避する脱法行為である疑いがある。当事者らの陳述によれば、本件売買契約を翻意した原因とは、Ｘが寄付協議の履行をしなかったことである。したがって、寄付が本件契約締結の前提であるとみなすべきである。本件売買契約では、法律にもとづき198.1070万元土地（増値）税を支払わなければならない。寄付金額（4,750万元）を売買代金とする場合は、さらに500万元の土地（増値）税を支払わなければならない。本件契約では、寄付が土地税の対象にならないために、契約の方式を変えることによって、500万元の土地税を免れようと解すべきである。この場合は、国家の利益は著しく損害を受けることになる。

【コメント】

本件では、当事者らは契約の効力の有無に関する争いであり、判決は

その判断に限定されるはずである。しかし、法院は契約を無効と判示したのみならず、〔表５〕で示されているように契約無効にともなう一連の処理についてまで判示している。

契約無効の理由について、法院は二つの契約が直接関連することに力点を置き、背後に潜む脱税疑惑を暴き、「国家の利益は著しく損害を受けた」として、契約無効と判示した。つまり、本件判決の狙いとは、国家利益を守るためであった。この裁判例は、国家、集団或いは他人の利益を侵害するときに、当事者の処分権の行使が制限される具体例とみて差し支えない。

**〔表５〕当事者の請求と判決**

<table>
<tr><th></th><th>Ｘの請求</th><th>Ｙの請求</th><th>判決</th></tr>
<tr><td>売買契約</td><td>履行</td><td>無効確認</td><td>（１）無効</td></tr>
<tr><td colspan="3" rowspan="6"></td><td>（２）Ｘは判決の効力が発して１ヶ月以内に本件建物の中に占用した８部屋を明け渡せ。</td></tr>
<tr><td>（３）判決の効力が発して１ヶ月以内に、ＸはＹが支払った代金を返還せよ、ＹはＸに占用した８部屋の賃貸料を以下のように支払え。</td></tr>
<tr><td>（４）ＹはＸに、Ｘが支払った本件建物購入代金の利息を建設銀行の建設貸付金利息にしたがい、支払え</td></tr>
<tr><td>（５）Ｘが登記手続を行う際に支払った費用及び土地税、計223.1080万元について、ＸとＹが半分ずつ負担せよ。</td></tr>
<tr><td>（６）Ｙが本件建物をＸに明け渡すために、新たに借りた建物の賃借代金について、ＸとＹが半分ずつ負担せよ。</td></tr>
<tr><td>（７）本件判決の効力が発したのちに、本件判決を持って不動産管理部門にて所有権変更の登記をせよ。</td></tr>
</table>

### （７）請負契約の履行請求に対して法院が契約の中身の変更を命じた裁判例

【事例７】[40]

[40] 『審判案例要覧〔1993年〕』973－975頁。

原告・控訴人Ｘ：徐俊利
被告・被控訴人Ｙ：承徳県六溝鎮●（土＋敦）台村経済聯合社
　法定代理人：徐俊坡、合作社主任
　委託代理人：王喜和、●（土＋敦）台村共産党支部書記
第三人Ｚら：徐飛武ほか５名、●（土＋敦）台村村民
（一審）受訴法院と判決年月日：河北省承徳県人民法院、1992年４月24日。

【事実の概要】

1985年１月１日に、Ｘは入札方式によってＹと集団所有の果樹園の請負について契約を締結した。その内容は、Ｘが果樹園を請負し期限は50年、毎年請負費としてＹに160元を支払う。請負契約を開始したのちに、Ｘは果樹園に新たに果樹987本を植えた。1991年12月12日に、鎮政府林業局は本件果樹を含む果樹園について収益算定を行い、請負に関する処理意見を出した。Ｙは処理意見に従い、Ｘに請負費を160元から700元への増額を求めたが、Ｘが応じなかった。1992年12月26日に、Ｙは請負契約を改めることを理由に、契約を中止し果樹園を回収したのちに、Ｚらに［発包（注文）］を出した。

なお、1992年３月２日Ｘが提訴したのち、法院は紛争の激化を防止するために、ＸとＺらが果樹園から立ち退くように裁定を出した。その後、法院は鎮林業技術センター職員に果樹園の管理を依頼した。一審判決を下すまでは、枝の剪定に293元かかり、管理に152元の費用が生じた。

【当事者の請求】

Ｘは（１）請負契約の履行、（２）損害賠償を求めた[41]。

【判旨】

民法通則28条、85条、経済契約法６条、32条に従い、（１）ＸとＹが締結した本件請負契約は有効である。ただし、請負期間は50年から20年に変更し、1985年１月１日から2005年５月１日までとする。ＹとＺらとの請負契約は無効である。（２）1992年より2005年まで、ＸはＹに年

[41] 具体的に何を求めたのか、損害賠償の金額について、裁判例では記載していないため、判明しえない。

間請負費として毎年３月30日前に一括1,511.45元を支払え。（３）農業税はＸが納付せよ。（４）Ｘが、訴訟期間中に果樹園の管理に使われた費用、枝の剪定293元、果樹林管理152元を支払え。（５）ＹはＺらが支払った請負費3,600元を返還せよ。

【判決理由】

経済契約法５条の「経済契約の締結は、平等互恵、協商一致、等価有償の原則を貫かなければならない」規定から鑑みれば、本件請負契約は有効である。また、経済契約法６条の規定からみれば、Ｙは請負費を変更する際に、法律による解決を図らず、勝手にＺらに請負させる行為は違法行為であり、一定の責任を負うべきである。

民法通則59条１項（二）は「（民事行為が）明らかに公平を失するもの」は、「一方が人民法院或いは仲裁機関に変更或いは取消をするように請求する権利を有する」と規定し、最高人民法院が公布した「農村請負契約紛争の審理の問題に関する若干規定」４条１項は「国家の税収、価額などの政策調整により収益が著し変化した場合」、または（７条）「請負を出す側が経験不足によって、請負費の設定が過度に低く設定したことに起因する紛争（中略）、請負費の調整について当事者らが協商できない場合は、法院が法律にしたがい判決することができる」と規定されている。本件訴訟では、Ｙは経験不足であるために、請負費の設定は低すぎた。請負してから果物の価額が高騰し、収益状況が著しく変化したため、請負費について調整するのはしかるべきであろう。

（二審）受訴法院と判決年月日：河北省承徳市中級人民法院、1992年８月28日。

【上訴理由】

Ｘは、原審において法院が請負期間の変更、請負費の調整したのは法的根拠がなく、原審判決の取消すべき、そのうえ、Ｙが一方的に請負契約を中止したことについて、違約責任を負うべきである[42]。

【判旨】

---

[42] Ｘの上訴理由は不明であるが、その陳述によれば、（１）原審取消、（２）1985年締結した請負契約の内容に従いＹが契約履行、（３）Ｙが損害を賠償する、と推測する。

民事訴訟法153条１項、２項に従い、（１）原審判決１項、４項、５項を維持。（２）原審判決２項、３項を取消。（３)1992年よりＸがＹに、毎年二級リンゴ750キロの金額を基準に請負費を支払え、（４）ＹがＸに違約金として160元を支払え、（５）原審判決５項で確定した金額について、本判決を受け取った10日以内に一括精算せよ。

【判決理由】

本件請負契約は有効である。しかし、Ｙの経験不足とリンゴが価額高騰したことを鑑み、法律にしたがい適切に請負費を調整するのは妥当である。そのほか、農業税の支払いは法院が判示すべきものでない、Ｙが一方的に契約を中止することは違約であり、相応する違約責任を負うべきである。

【コメント】

本件訴訟の請求とは、請負契約の効力とその履行に関するものであるが、本来ならば法院は契約の効力の有無について判断し、原告の請求である契約履行について判示すればよい。しかし、法院は契約を有効であるとしながらも、自ら契約の内容を変更した。法院が、被告でさえ求めていない請負期間の縮短を判じたこと、結果的に被告が要求した金額よりも請負費を増額させたこと[43]、二審では請負費の計算をリンゴの価額を基準するように判示したことは、当事者の請求を超えている。

法院が当事者の請求を無視し、以上のように判示した狙いは二つがあると推測できる。一つは、二審でリンゴの金額を請負費の基準にしたのは、将来リンゴの価額がさらに高騰或いは下落した場合の別訴防止のためであると思われる。もう一つ、法院が自ら請負契約の契約期間の縮短と契約費の増額した狙いは、果樹園は集団所有であるため、法院が集団の利益を守るために、被告に替わって集団の利益を守ったと理解して差し支えない。この事例も【事例６】と同様に、国家、集団或いは他人の利益を侵害するときに、当事者の処分権の行使が制限される具体例であろう。

そのほかに、二審では、当事者らが主張していない一審の（５）項に

---

[43] 契約時の請負費は毎年160元であり、ＹがＸに年間700元に増額するように要請したが、一審判決では、請負費について年間1,511.45元と判示した。

ついて、改めて判決に含めた。ちなみに（５）の履行対象であるＺは上訴人となっていない。関係しないＺについて判決がふれた理由とは、判決が順調に履行されるための配慮と推測できる。一審の【事実の概要】の「法院は紛争の激化を防止するために、ＸとＺらが果樹林から立ち退くと裁定した」ことから、本件の果樹園の請負についてＸとＺらと相当に対立していることがわかる。したがって、法院はＺらに速やかに請負費を返還しＺらをなだめることが、ＸとＺらの間の争いを解決させ、判決が順調に履行される前提と認識したと思われる。そもそも中国の民事訴訟では、独立請求権のない第三者を訴訟に参加させ、責任を負わせる制度がある[44]。その場合は、第三者は自分の意思に因らずに訴訟に参加させられ、請求の範囲を決める権限がなく、訴えの取下げを申請する権利もなく、事実上処分権が認められていない。

### （８）損害賠償請求に対して法院が契約履行を命じた裁判例

【事例８】[45]

原告Ｘ：ハルビントラクター工場

　訴訟代理人：宮建国、ハルビン市道里区弁護士事務所・弁護士

被告Ｙ：黒竜江省火電第二工程公司

　訴訟代理人：有広軍・弁護士

第三人Ｚ：徳陽東方透平集団公司

　訴訟代理人：李開明・弁護士

（一審）受訴法院と判決年月日：ハルビン市道里区人民法院、1992年10月10日

【事実の概要】

　1987年11月に、ＸはＺより蒸気発電機設備二セットを購入し、Ｙに取付けを依頼した。Ｚが提供した器械の一部は不良品であり、かつＹ

---

[44] 独立した請求権のない第三者の訴訟参加の詳細、またはその制度に関する批判について、武鴻雁「中国民事裁判における独立した請求権のない第三者の訴訟参加――手続と実体の狭間でゆれる民事訴訟（３・完）」北大法学論集61巻５号（2011年）201－195頁以下参照されたい。

[45]『審判案例要覧〔1993年〕』877－881頁。

は取付けの手順を間違ったため蒸気発電機が完全に破損した。

【当事者の請求】

Ｘ は Ｙ と Ｚ が違約責任を負うべきとして、Ｙ と Ｚ に損害賠償として539,800元を支払うように求めた。Ｙ は Ｘ に蒸気発電機の設置費357,315元、利息175,012.16元、整備修繕費33,227.18元を支払うように反訴し請求した。

【判旨】

経済契約法32条１項などに従い、（１）Ｚ は判決の効力が発してから１ヶ月内に、Ｘ に蒸気発電機設備を提供せよ。その費用は Ｚ の負担とする。遅延した場合、Ｚ が Ｙ に１日405元を支払え。（２）Ｘ が設備を受けてから７日以内に Ｙ に引き渡せ。期限を越えた場合はその損失は自己負担とする。（３）Ｙ が設備を受けてから３ヶ月以内に取付けを完了し、かつ発電できるようにせよ。取付け費用は Ｙ が自己負担せよ。期限内に発電できない場合は、Ｙ が Ｘ に一日405元を支払え。（４）Ｘ は判決の効力が発して10日以内に Ｙ に取付け工賃として25万元を支払え。残金の107,315元は器械が運転してから１年内に支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。（５）Ｚ は判決の効力が発して10日以内、Ｘ に違約金として20,010元支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。（６）Ｚ は判決の効力が発して10日以内に、Ｘ に電気を使用できない損失として303,990元支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。（７）Ｘ は Ｙ に取付け工賃未払いの違約金として101,541.36元を支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。

【判決理由】

原告は契約通りに Ｙ に設置費を支払わなかったことは違約であり、責任を負うべきである。Ｙ が取り付け工事を行うなか、設置構図に誤りがあり、かつ蒸気ゲートが開かないことに気づいたにもかかわらず、なお設置し運転させた結果、機械を破損させたゆえに、Ｙ は一定の責任を負うべきである。Ｚ が提供した設備は欠陥があり、Ｘ が計画通りに生産ができずに生じた損害について賠償責任を負うべきである。

【コメント】

本件は、当事者は債務不履行に基づく損害賠償を求める訴訟である。

契約履行ではなく損害賠償を求める訴訟であるが、しかし、法院はいったん破綻した契約を自ら復活させ、かつ判決を介して契約を順調に履行するように各当事者に詳細に指示した。当事者の請求項目を拡張したことについて、〔表６〕を参照されたい。

このように判決した一つの理由は、別訴防止であると思われる。すなわち、本件訴訟は、ＸによるＹとＺに対する訴訟であり、ＹとＺとは争っていない。しかし、仮にＸの請求とＹの反訴に対してのみ判決した場合は、後に、ＹとＺの間に、さらに訴訟が起きる可能性は否めない。紛争の抜本的な処理をはかるために、法院がこのように判決したと考えるのが妥当であろう。

**〔表６〕当事者の請求と判決**

| Ｘの請求 | Ｙの請求 | 判決 |
|---|---|---|
| ＹとＺに損害賠償 | | （５）Ｚは判決の効力が発して10日以内、Ｘに違約金として20,010元支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。 |
| | Ｘに設置費用、利息と修繕費の支払 | （４）Ｘは判決の効力が発して10日以内にＹに取付け工賃として25万元支払え。残金の107,315元は器械が運転してから１年内に支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。 |
| | | （１）Ｚは判決の効力が発してから１ヶ月内、Ｘに蒸気発電機設備を提供せよその費用はＺの負担とする。遅延した場合、ＺがＹに１日405元を支払え。 |
| | | （２）Ｘが設備を受けてから７日以内にＹに引き渡す。期限を越えた場合はその損失は自己負担とする。 |
| | | （３）Ｙが設備を受けてから３ヶ月以内に取付けを完了し、かつ発電できるようにせよ。取付け費用はＹが自己負担せよ。期限内発電できない場合は、ＹがＸに一日405元支払え。 |
| | | （６）Ｚは判決の効力が発して10日以内、Ｘに電気を使用できない損失として303,990元支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。 |
| | | （７）ＸはＹに取付け工賃未払いの違約金として101,541.36元を支払え。期限が過ぎた場合、元金と銀行利息の二倍を支払え。 |

### （9）損害賠償請求に対して法院が契約履行を命じた裁判例

【事案９】[46]

原告Ｘ：常鑫磁質磚有限公司

　訴訟代理人：雷春林、江西省九江市弁護士事務所・弁護士

被告Y1：羅足三

被告Y2：陳鴻玉

第三人Ｚ：蘇州市保達貿易商行

　受訴法院と判決年月日：江西省九江市中級人民法院、1994年12月１日。

【事実の概要】

　1993年にＸは営業展開のためにY1を蘇州市に派遣した。Y1はＸより20万元に相当するタイルを運び出し、蘇州市の倉庫に保存した。Y1は正月帰省する際、権限を越えてタイルの出荷などに関する事項をY2に依頼しかつ倉庫のカギをY2に渡した。ところが、Y2は自分の名義でＺに101,836.25元に相当するタイルを売り渡したが、代金の回収ができなかった。

【当事者の請求】

　Ｘは（売買代金を回収していないことを理由に）Y1、Y2、Ｚに経済損失に対する賠償を求めた[47]。

【判旨】

　民法通則66条に従い、（１）Y2とＺ間の売買は無効。（２）Ｚは判決効力が発して10日以内に、Ｘに101,836.25元に相当するタイルを返還し、利息損失9,783.9元を負担せよ。Y2はこれにつき連帯責任を負う。（３）Y1はＸの職員であり、その行動は業務上の怠慢にほかならない。Ｘは企業内の関連規定によりY1に懲戒を与えるべき。

【コメント】

　本件ではＸはY2とＺの売買契約の無効を主張してはおらず、「損害を賠償する」項目によって単にタイルの代金の回収を求めている。しかし、法院はY2とＺの契約を無効にし、金銭ではなく、タイルそのものの返還を命じている。これは当事者の請求していない事項である。その

---

46 『審判案例要覧〔1995年〕』957－959頁。

47 請求した賠償金額は不明である。

ほか、判決ではXにY1に対して懲戒するように判示したのも、当事者の請求から逸脱しているといえる。

## 2　当事者の請求よりも金額を増加させた裁判例

### （1）被上訴人が付帯上訴していないのに法院が上訴審において被上訴人への賠償金額を増加させた裁判例

【事例10】[48]

原告・被控訴人X1：谷紅英
原告・被控訴人X2：覃立紅
原告・被控訴人X3：李小玲
原告・被控訴人X4：黄艶晴
原告・被控訴人X5：厳虹
原告・被控訴人X6：黄夢萍
被告・控訴人Y：百色市城郷建築案装公司藍雀沖印部
　訴訟代理人：黄秀年、百色地区弁護士事務所・弁護士
（一審）受訴法院と判決年月日：広西壮族自治区百色市人民法院1999年7月26日。

【事実の概要】

1999年３月25日に、X1はXらが昆明に旅行した時に撮影した写真フィルムを持って写真現像を業とするYのもとを訪れ、二本の写真フィルムを渡しその現像を依頼した。当日午後に受け取りに行った際、二本のフィルムからは写真三枚しか現像できなかったとYに告げられた。専門業者の技術鑑定によれば、フィルムが損傷し現像できない原因とは、現像する際の器械の操作ミスによるものと判明した。Yも現像中に電気ブレーカーが落ち停電したため、フィルムが現像液に長時間漬けられたことを認めた。

【原告の請求】

Xは、Yのミスによるフィルムの現像が不能になったことは、Xらの昆明での観光スポットの記念撮影の記録を失い、Xらは自分の権利が侵害されたとして、（１）写真のフィルムを市販価額の５倍にて250元を弁

[48]『審判案例要覧〔2000年〕』247－251頁。

償、（2）支払った現像料10元を返還、（3）各原告に観光スポット損失費[49]を250元として1500元を補償、（4）慰謝料として各原告に1,000元ずつ計6、000元支を払うように請求した。

【判旨】

消費者権利利益保護法第44条に従い（1）Yは写真フィルム二本を市販価額の5倍、すなわち250元をXらに賠償せよ、（2）Xらが支払った現像料10元を返還せよ、（3）YはXらに観光スポット費を各240元、計1,440元を支払え、（3）YはXらに慰謝料として一人100元、計600元を支払え。

【判決理由】

Yは写真現像の専門業者として、提供したサービスは利用者の財産の安全を保障すべきである。XらはYに写真の現像を依頼し、かつ料金を支払ったために両者はサービスの提供を内容とする契約を締結したこととなる。Yは現像においてミスをしたため、Xらのフィルムが損傷され、かつその損失は取り返せない。ゆえに、Yは民事責任を負うべきである。現像を依頼したのはX1だけであるが、X1の利益のみ損害したわけではなく、Xらの共同の利益の損害に関する訴訟請求は法的根拠があり、本法院はそれを支持する。Yはネガの市販価額の5倍でXらに賠償するほかに、Xらがその画像を得るために支払った合理的な費用と慰謝料も支払うべきである。しかし、Xらが請求した慰謝料金額は高すぎるため、本法院は斟酌してそれを決める。

（二審）広西自治区百色地区中級人民法院、1999年12月10日。

【上訴理由】

一審が認定した観光スポット費と慰謝料の損害賠償は法的根拠がない。Xらの旅行の目的とは、観光であり撮影するためではない。一審が適用した消費者権益保護法には慰謝料の賠償の根拠がない。国家がまだ写真現像に関する損害賠償について具体的な規定がないため、北京市「サービスの質と価額に関する写真業の苦情処理辦法」の規定に従い、（写真フィルムの）5倍賠償すべきである。ほか、本件ではX1とYの間の

49　どのような費用かについて判例集では明確にしていないが、観光地の入場料などと推測される。

みにサービス関係があり、ほかの原告は当事者とすべきでない。Yは以上のことを理由に、原審判決を取消し、新たに判決するように求めた。Xらは、一審判決は正しくあり、Yによる上訴を棄却するように求めた。

【判旨】

民法通則117条、民事訴訟法153条1項に従い、（1）原審判決の1項を維持する。（2）原審判決の2、3項を取消。（3）YはXらに慰謝料を各400元、計2,400元を支払え。

【判決理由】

Xらによる観光スポットでの撮影は、非物質的価値があり損害があった場合は一定の慰謝料を受けるべきである。北京市「サービスの質と価額に関する写真業の苦情処理辦法」の適用範囲は北京市であり、本件の法的根拠にはならない。YはXらに写真フィルムの5倍賠償することに同意したことに、本法院はそれを是認する。X1はXらの委託を受けてYに現像を依頼したため、Yのサービス対象はXらでありXらは原告の主体資格がある。したがって、Yの上訴理由は成立せず、本法院はそれを支持しない。一審の事実認定は明確であり、手続は合法であるが、しかし適用する法律は部分的に不当である。すなわち、観光スポット費は慰謝料に含まれるべき、区別して判決するのは妥当でない。本法院はそれを正す。

【コメント】

本来ならば、被控訴人が付帯上訴によって審理範囲を拡張しない限り、上訴審は控訴人の申立ての範囲に限られるべきであり、本件はいわゆる「不利益変更の禁止」に反し、当事者が主張していないことを判示したこととなる。すなわち、〔表7〕で示されているように慰謝料の算定をみれば、一審の判決は総額が600元であり、かつ原告さえその金額について納得している（付帯上訴していない）にも関わらず、法院は職権で600元から2,400元に引き上げている。

こうした判決の理由については不明であるが、裁判官が自ら当事者の損失を推測し、それに基づく判決であると推測される。

〔表７〕当事者の請求と判決

| | X の請求 | 一審判決 | 二審判決 |
|---|---|---|---|
| フィルム購入費の賠償（市販価額の５倍） | 250元（50元×５倍） | 250元（50元×５倍） | 250元（50元×５倍） |
| 現像費の返還 | 10元 | 10元 | 10元 |
| ［旅遊景点費（観光スポット損失費）］ | 1,500元（250元×６人） | 1440元（240×６人） | |
| 慰謝料 | 6,000元（1,000元×６人） | 600元（100元×６人） | 2,400元（400元×６人） |

## （２）債務不履行による損害賠償請求では法院が原告の請求金額よりも高い賠償金を命じた裁判例

【事例11】[50]

原告 X：鄭善成

被告 Y1：陳善軍（自動車修理工場経営）

被告 Y2：菲夫工貿有限公司（自動車部品販売会社）

受訴法院と判決年月日：大連経済技術開発区人民法院、1998年11月30日。

【事実の概要】

X が所有する自動車が故障したため、1998年６月５日に Y1に修理を依頼した。Y1はオイルポンプが破損したため部品交換を必要とする旨を X に伝えた。X は自ら Y2より8,000元でオイルポンプを購入し、Y1に渡し、取り付けを依頼した。同年７月８日に修理完了したため、X が自動車を引き取り、７月21日に修理代金2,000元を Y1に支払った。しかし、８月８日に自動車が再び故障したため、X が Y1に修理を依頼した。X および Y らが立ち会いの下、オイルポンプを分解して検査した。結果、オイルポンプ内のプレートが誤って逆に設置されたことがわかり、それが本件車の破損・故障の原因であると推定された。

【原告の請求】

X は Y らに連帯で30,000元の損害賠償を求める。

【判旨】

[50]『法院案例選〔2000年２輯〕』82－89頁。

消費者権利利益保護法２条、11条、18条１項、44条、民法通則58条１項５、２項、106条２項、117条２項と３項、130条、84条に従い、（１）Ｙらは X に本件自動車の修理費用として18,219.50元、修理期間中の代車費用12,000元（計30,219.50元）を支払え、（２）Ｙらは上記債務について連帯責任を負う。

【判決理由】

法院は大連技術監督局に鑑定を委託したところ、オイルポンプの不具合（プレートを逆に設置した）により本件自動車のトランスミッションの油圧が不安定になり、それが故障の原因であることが判明した。なお、本件修理内容は、Y1が許可されている免許外の修理作業である。後に専門業者による自動車修理代金は18,219.50元であった。修理期間中の代車料金について関係部門の概算によって12,000元と認定した。

法院は、① Y1は当該修理について無免許であるため、本件修理に関する民事行為は無効であり、過失責任を負うべき（修理代金2,000元は不法収入とみなし、法院に帰属させる[51]）。② X と Y2との売買契約は有効であるが、Y2が売り渡した自動車部品の組立てミスが自動車故障の原因であり、部品を X に渡した時に X に対する説明義務を尽くしていない。③部品を受け取った Y1は検査せずに取り付け、作業完了後に性能テストもしなかったことは修理義務を尽くしていないと解すべき。④上記Ｙらの過失によって車が故障するに至り、X の財産が侵害された。Ｙらは共同で民事責任を負うべき。⑤Ｙらは異なる原因によって同一の内容となる給付義務が生じ、各自全部履行の義務を負う。Y1と Y2の間に不真正連帯債務が成立する。

【コメント】

本件訴訟では、少額ではあるが、法院は当事者が請求した金額よりも多い金額を判示している。

法院が賠償金額を算定した方法は、〔表８〕からわかるように単に車の修理代と代車代を足し算した金額である。すなわち、原告の請求とは関係なく、法院は原告が実際に被った損害を職権により算出し判決した。

---

[51] 法院による財産帰属制度について、【事例18】で扱うこととする。

〔表８〕

| | X の請求額 | 判決額 |
|---|---|---|
| 自動車修理費 | 30,000元 | 18,219元 |
| 修理期間中代車費用 | | 12,000元 |
| 合計 | 30,000元 | 30,219元 |

### ３　当事者が請求していない効果を判決に含めた裁判例

#### （１）無断増築した部分の原状回復請求に対して法院が増築した部分の共同使用を命じた裁判例

【事例12】[52]

原告・被控訴人 X：陳飛

　訴訟代理人：韓頌、海口市対外経済弁護士事務所・弁護士

被告・控訴人 Y：鐘前宝

　受訴法院と判決年月日：一審：海口市新華区人民法院、1993年６月15日。

【事実の概要】

　本件建物は二階建てであり、X と Y が共有する。Y が X の許可をえず、三階部分を増築した。

【当事者の請求】

　X は権利侵害されたとして、増築した三階の取り壊しによる原状回復を求めた。

【判旨】

　民法通則78条２項に従い、（１）増築した三階は、Y は南側の部屋、リビングとベランダを使用し、X は北側の部屋、台所とベランダを使用し、階段は XY が共同使用せよ。（２）X が判決の効力が発してから10日以内に、Y に30,883.74元を支払え。

【判決理由】

　Y の行為は X の権利侵害となり、原状回復すべきである。しかし、X の請求にしたがい三階部分を取り壊すのは妥当でない。その理由とは、仮に取り壊し原状回復した場合、Y に必要としない損失を与え、当事者

---

[52]『審判案例要覧〔1994年〕』671－674頁。

双方にある対立を激化させることになる。切実に当事者の合法的な利益を守り、裁判と社会効果を結合させる原則を徹底するために、（三階部分について）双方当事者が共有すると判示し、三階部分に対する建設銀行不動産部門による価額評価を経たうえに、ＸがＹに適切な補償をさせるのは賢明な方法である。

（二審）受訴法院と判決年月日：海南島海口市中級法院、1993年11月１日。

【上訴理由】

Ｙは、本件建物の土地使用書はＹにあり、建設に際しＹがすべての手続をした。三階の増築は［批文（行政機関による許可）］があり、Ｘと関係しない。（増築した三階は）Ｘの権利侵害にならない、Ｘと共有ではないため、（１）原審判決取消、（２）三階に対するＹの所有権確認を求めた。

【判旨】

上訴棄却。

【判決理由】

本件建物について、別訴によってＸとＹが共有することが確定している[53]。よって、本件土地建物上、いかなる添付物も共有関係にある。ＹはＸと協商せず増築したのはＸに対する権利侵害を構成する。原審判決は、事実認定は明確、法律適用は正確、処理は公正であるため、本法院はそれを支持する。

【コメント】

本件訴訟は、当事者が原状回復を請求したことについて、法院は原状回復すべきとしながらも、増築した部分の分割を行ったことが当事者の請求を変更させ、処分権を制限したこととなる。

法院はこのように判決した理由について、原状回復と判決すれば「対立が激化させること」となるが、「切実に当事者の合法的な権利・利益

[53] 判決文では、別訴に関する詳細な記載がなかった。推測するには、本件建物の既存している部分（１、２階）について当事者らが所有権を争って裁判となり、その訴訟では本件建物が当事者らが共用するという判決になったと思われる。

を守り、裁判と社会効果を結合させる原則を徹底するために、増築した部分の分割を行うべき」と書き記している[54]。

そうした判決の狙いとは、当事者の請求に法的判断を加えるよりも、紛争の激化防止、当事者の真なる権利・利益の（発見と）保護、社会効果の獲得にある。

### （２）看板の不当設置に関する原状回復請求に対して法院が損害賠償を命じた裁判例

【事件13】[55]
原告 X・被控訴人：陳晋蓉
被告 Y・被控訴人１：四川省成都市智業房地産開発有限公司
被告・控訴人 Y2：洪金坪
（一審）受訴法院と判決年月日：金牛区人民法院、1998年４月１日。

【事実の概要】

1997年８月に、X と Y2は Y1が販売するマンションを購入し、それぞれ建物の二階（住宅）と一階（店舗）に入居、X と Y2の部屋の位置関係は上下で隣接していた。９月に Y2が X と Y2の外壁に看板を設置した。そのため、X はエアコンの室外機の設置ができなくなった。

【当事者の請求】

X は、Y2が看板を設置したことによって、自分の権利が侵害されたとして、Y2と Y1（連帯責任）に（１）原状回復、（２）損害賠償、を求めた。

【判旨】

民法通則117条、130条、134条1項（五）に従い、判決の効力が発して10日以内に、Y1と Y2が看板を取り外し、原状回復せよ。

【判決理由】

X と相談せず、Y2が勝手に設置した看板は、X の外壁を占用し不法行為に当たる[56]。法的責任を負うべきである。

---

54 『審判案例要覧〔1994年〕』674頁。

55 『法院案例選〔2001年１輯〕』81－87頁。

56 日本法では、不法行為と物件的請求権は峻別され、本件の場合は妨害排除

（二審）受訴法院と判決年月日：成都市中級人民法院、1998年６月24日。

【上訴理由】

Y2は、建物の一階部分を購入したのちに、Y1と相談し、口頭にて（看板設置するために）外壁の使用をY1により許可されている。Y2が設置した看板は、Xの部屋の通風、日照にいれずにも影響を与えていないことを理由に、原審判決取消、Xの請求を棄却するように求めた。

【判旨】

民法通則130条、民事訴訟法153条１項に従い、（１）原審判決を取消。（２）Y2の看板は保留する。（３）損害賠償としてY2はXに3,000元、Y1はX2,000元を支払え。

【判決理由】

Y2が看板を設置した壁が共用壁であり、XとY2は共同で使う権利がある。Y2とY1間に口頭協議ができたとはいえ、Xの同意を得ていない。Xは、Y2が看板を設置した部分におけるXの壁の使用権が侵害された。しかし、Y2は看板をすでに数ヶ月にわかって設置していること、Xがエアコン室外機を設置する際に、その配管などを延長すれば壁の側面に設置することが可能であることを鑑み、Y2の看板を保留して、Y1とY2がXに適切な損害賠償を支払うとするのが妥当である。

【コメント】

本件訴訟では、原告が原状回復を請求したが、しかし判決では被告に対して損害賠償を命じている。つまり、法院は当事者の請求の内容（質）を変更している。

二審法院が一審判決を改めた理由根拠は、看板はすでに設置されていること、エアコンの室外機は工夫すれば設置可能であったことである。同じ法院の裁判官による判例評釈では、判決を出した理由について以下のように記述している。「本件広告看板は、制作するには千元ないし一万元の費用を要する。取外す場合は看板の制作費などが無駄になり、損失が生じる。（中略）単純に一方に取り外し、原状回復を命じ、損失を考慮したうえ適切な処理を行わなければ、本当の紛争を処理ないしは

---

請求が問題となるが、中国法ではそれが混同されている。

矛盾を解決したとは言えない」[57]。つまり、法院は、それぞれ当事者の本当の利益を分析し、かつ紛争の抜本的解決をするために、本件判決にたどり着いたである。

### （3）所有権による返還訴訟に対して法院が「保証金」の支払いを命じた裁判例

【事件14】[58]
原告・被控訴人 X1：串井小
原告・被控訴人 X2：串麦妮
被告・控訴人 Y：賈計生
（一審）受訴法院と判決年月日：一審：内邱県人民法院、1992年４月12日。

【事実の概要】

X1、X2の父が以下二点の書画を収蔵していた。①掛け軸。掛け軸に「斉璜」と「白石」という二枚の印鑑が押されている（中国画の大家である斉白石の作品と思われる）。掛け軸のサイズは126×50センチメートルであった。②対聯。潘齢皋による作品であり、サイズは126×25センチメートルであった。1971年に X1、X2の父が死去した後、Y は鑑賞のために本件掛け軸と本件対聯を借り入れた。後に X らが数回にわたって返還を求めたが、Y が本件掛け軸を紛失したことを理由に返還に応じなかった。1991年12月17日に Y は X らに念書を渡した。その内容とは「Y は1970年前後に X らの家より掛け軸を持って帰った。その掛け軸は斉白石の作品らしい。Y の不注意によって掛け軸を紛失した。見つかり次第に返還することを約束する」というである。

【当事者の請求】

X らは、Y に掛け軸の返還を求める。返還ができない場合は賠償を求める[59]。

【判旨】

57 『法院案例選〔2001年１輯〕』85頁。
58 『法院案例選〔2005年４輯〕』58－66頁。
59 賠償についてその金額は不明である。

民法通則106条２項、117条１項、２項に従い、（１）本判決の効力が生じた10日内、ＹがＸらに本件掛け軸、本件対聯を返還せよ。（２）Ｙが現物の返還ができない場合、１ヶ月以内にＸらに損害賠償として金17.01万元支払え。（３）掛け軸と対聯の所有権はＸらにあり、Ｙに返還を求める権利が留保される。

【判決理由】

法院は北京の栄宝齋（文房具の老舗、骨董品のオークションをも扱う）に調査に出かけ、掛け軸の推定価額について諮問した。栄宝齋によると、現物がないため、金額の推定ができない。齋白石の作品は国家文物に登録されているため、買い取り価額は平方尺（33.3×33.3センチメートル）ごとに25,000から30,000元。オークションになる場合は40,000元以上となるが、最終金額は推定できない。

法院は、Ｙは本件掛け軸を借りたのち、適切に保管義務を負い、速やかに返還すべきである。もし確かに無くした場合は、民事賠償責任を負う。

（二審）。受訴法院と判決年月日：邢台市中級人民法院、1996年９月14日。

【上訴理由】

Ｙは以下の理由にしたがい、原審判決の取消を求めた。①掛け軸は齋白石の作品とは認定できない、②対聯の作者は起訴状と判決書の記載が異なるので、請求は牽強付会である、③掛け軸はX2が自らＹに贈与したもの、その返礼としてＹは「牡丹双鳩図」を贈った。返還を求めるならば、まず「牡丹双鳩図」をＹに返還すべきである。④本件掛け軸は既に紛失して返還は不可能である。⑤掛け軸のサイズについて、一審法院は証人の証言を採用し126×50センチメートルと認定したが、しかしその証言は事実を意図的に誇張している。実際のサイズは縦幅１尺、横幅半尺に過ぎず、紙質が悪く、「齋璜」と題されていない。

【判旨】

民事訴訟法153条１項に従い、（１）一審判決を取り消す。（２）判決言い渡した一ヶ月内に、ＹはＸらの保証金として100,000元を預ける。（３）本件掛け軸、対聯の所有権はＸらにあり、ＸらはＹに返還を求める権利が留保される。Ｙが返還を完了した場合、Ｘらは保証金100,000をＹに返す。

【判決理由】

法院は、Yは本件掛け軸を借りたのち、適切な保管義務を負い、速やかに返還すべきであり、もし確かに紛失した場合は、民事賠償責任を負う。現物がないため価値の評価はできないため、またはYによる返還を促すためには、YがXらに一定金額の保証金を預けさせ、返還が完了したのち、XらがYに保証金を返すと判決するのは妥当である。

【コメント】

本件訴訟の当事者は、掛け軸の返還、もしくは損害賠償を求めたが、二審では、当事者が求めていないだけでなく、法的根拠の不明な「保証金」なるものの支払いを命じた。

法院が「保証金」によって本件訴訟を処理した狙いは不明であるが、同じ類型の事件について、「保証金」によって処理する事件[60]もあれば、民法通則117条1項によって処理する事件[61]もある。

そのほか、当事者の請求では、損害賠償を求めるとしたが、しかしその金額は法院の調査によって初めて確定した。中国の裁判例では、一般的に当事者の請求に関する記述が曖昧であり、すなわち裁判に際して当事者の請求の明確は必ずしも必要でないことが読み取れる。

### （4）機械売買契約無効による売買代金返還と慰謝料の支払い請求に対して法院が原告の請求をすべて棄却したうえ被告に機械の取扱説明書の配布を命じた裁判例

【事件15】[62]

原告・控訴人Xら：甄琴、汪小琴ほか207名

---

[60] 大学であるYは資料作りのために、Xより有名人の書簡を借りたどころ、それを紛失した。法院は、Yは一定の金額を「保証金」としてXに預けさせ、Yは書簡を見つけ次第Xに返還し、XがYに「保証金」を返すと判示した。『法院案例選〔2005年1輯〕』164－170頁。なお、この判例に関する編集者の評釈では、「保証金」の法的根拠が不明確であることを指摘している（同上、169頁）。

[61] Xは家伝の絵を表装業者であるYに表装を依頼したどころ、Yがそれを紛失した。法院は民法通則117条1項にもとづき、Yに損害賠償を命じた。『審判案例要覧〔2001〕』509－512頁。

[62]『審判案例要覧〔0995年〕』682－687頁。

訴訟代理人:宋露蕾、貴州省攻進弁護士事務所･弁護士（一審、二審）
　訴訟代理人：肖坤濤、貴州省攻進弁護士事務所・弁護士（一審）
　訴訟代理人：陳忠、貴州省政通弁護士事務所・弁護士（二審）
　訴訟代理人：李中陸、貴州省政通弁護士事務所・弁護士（一審）
被告・被控訴人Ｙ：貴陽泰華私営編織機経営部
　訴訟代理人：禹小東、貴州省経済弁護士事務所・弁護士
　訴訟代理人：陳朝華、貴州省経済弁護士事務所・弁護士
（一審）受訴法院と判決年月日：一審：貴州省貴陽市中級人民法院、1992年12月３日。

【事実の概要】

　Ｙは、新聞でスイス製「PASSAP：Ｓ型」高性能セーター編み機を販売することを広告したところ、Ｘらはそれをみて購入を申し込んだ。Ｘらは付属の取扱説明書通りに操作しても、広告で紹介されている機能が実現できなかった。Ｘらは被告が販売するセーター編み機は欠陥商品であり、誇張した広告という詐欺的販売方法でＸらを騙し、Ｘらの精神的被害、経済的被害をもたらしたと主張した。それに対して、Ｙは広告は真実であり、詐欺ではなく、さまざまな機能が実現できないのは、技術的故障にすぎないと主張した。

【原告の請求】

　Ｘらは、（１）ＸとＹの売買契約は無効。（２）売買代金返還。（３）Ｘらに慰謝料として2,060,090元を支払うことを求めた。

【判旨】

　民法通則４条、５条、６条、50条、58条、85条、88条１項（一）（四）、122条、民事訴訟法55条３項、４項に従い、（１）Ｘらの請求をすべて棄却。（２）ＹはＸらのために､無料の七日間育成訓練講習会を開講せよ、（３）Ｙは編み機の詳細な取扱説明書をＸらに配布せよ。

【判決理由】

　合法的な物品売買は法律によって保護される。Ｙが販売するセーター編み機に関する広告は販売促進のために、性能について若干誇張した行為は正当ではないが、しかし、詐欺までにあたらない。本件編み機に関する輸入手続が完備し正当であり、中国銀行が出したLC（信用状）の受益者はスイスマダガ社であるため、本件編み機が輸入品であることは

事実と認定される。したがって、Ｘらは本件編み機が偽物であると主張したが、法院はそれを支持しない。ＹがＸに提供した編み機取扱説明書は、随所に機械の実際状況と異なる記載があり、Ｘらに不便をもたらしたことは否めない。ゆえに、一定の民事責任と一部の訴訟費用を負担すべきである。

（二審）受訴法院と判決年月日：貴州省高級人民法院、1994年２月16日。

【上訴理由】

Ｘらの一部が上訴し[63]、請求は一審と同様である。Ｙは以下付帯上訴を提起した。（１）（控訴人を呼びかける）公告費について、当事者の訴訟過失割合によって分担すること[64]、（２）Ｘらに、一審においてＸらが申請した財産保全によるＹの損失に対する賠償を求めた。

【判旨】

民事訴訟法13条、55条２項３項４項、64条１項、129条、153条１項㈠、155条、157条に従い、上訴棄却。

【判決理由】

Ｘらが、Ｙの誇張された広告によって、編み機を販売したことが詐欺にあたるとする主張は事実がなく法的根拠がないため、認定しない。取扱説明書には編み機と不一致な内容があり、Ｘらに不便を感じさせたのは事実であるが、後にＹが配った新版の取扱説明書によって当該問題はすでに解決された。Ｘらは編み機が偽物と主張するが、スイスマダガ社はＹが販売する編み機がすべて自社の製品であると証明した。Ｘらは編み機が欠陥商品であると主張するが、裁判官の主宰で行なわれたデモンストレーションでは、すべての性能が実現された。したがって、Ｘらの主張はいずれも支持できない[65]。

【コメント】

---

63 上訴提起時は、控訴人者の確定ができなかったが、法院は「貴州日報」に裁判に関する公告を載せたのち、111人が集まった。

64 Ｙはなぜこの反訴を提起したのが不明である。その理由について、Ｘらは訴訟内外のどこかでＹに広告費の支払いを求めたと推測される。

65 訴訟の途中では29名の控訴人がＹと和解が成立し、ほか25名は取下げを申請したところ、法院はそれを許可した。28名の当事者は出頭しなかったため、取下げと見なした。

本件訴訟は「当事者の請求をすべて棄却」としながらも、Ｙに「育成訓練講習会を開講」と「取扱説明書の配布」を判決にて命じたのは、当事者の請求が法院の審理を拘束しないことを示すには格好な裁判例である。

法院の狙いは、別訴防止と考えられるが、弱者救済のためでもあったといえる。法律の知識が乏しい一般人による訴訟であればともかく、本件訴訟は、多数の弁護士が参加する消費者集団訴訟である。すなわち、弁護士が参加する訴訟でも、法院は当事者の請求に拘束されることがないといえる。

### （５）医療過誤による損害賠償請求に対して法院が原告の請求をすべて棄却したうえ被告に経済補償と精神補償を命じた裁判例

【事例16】[66]

原告・控訴人Ｘ：叢劉青

被告・被控訴人Ｙ：南京市鼓楼病院

（一審）受訴法院と判決年月日：南京市鼓楼区人民法院、2000年10月２日。

【事実の概要】

Ｘは乳房にしこりがあることに気づき、1997年９月18日にＹを受診した。９月23日にＹはカンファレンスを通して、Ｘは乳ガンである可能性を排除できないとして、穿刺による検査が必要であるとＸに説明した。施術に際し、Ｘとその家族にインフォームド・コンセントを行った。穿刺の結果、悪性腫瘍であることを判断し、ＹはＸとその家族に「右乳房改良根治術」をする必要があると説明したところ、Ｘとその家族はこれに同意した。手術を無事に終え、Ｘは10月６日に退院した。後に、Ｘの病理医が切除したＸの組織を検査したところ、悪性腫瘍ではなく、悪性果粒細胞筋芽腫であることが判明した。Ｘはこれを知り、Ｙの治療には重大な過失があるとして、南京市鼓楼区医療事故鑑定委員会に鑑定を求めた。南京市鼓楼区医療事故鑑定委員会は、悪性果粒細胞筋芽腫とはレアケースであるため、鑑別ができなかったのはやむを得ないとして、

---

[66]『法院案例選〔2001年４輯〕』122－133頁。

医療過誤に当たらないという鑑定を下した。Xはさらに南京市医療事故鑑定委員会に鑑定を依頼した。南京市医療事故鑑定委員会は、悪性果粒細胞筋芽腫は、世界中の症例報告は36例しかないレアケースであるとして、Yがそれを鑑別できなかったのは過失に当たらず、本件手術は医療事故に当たらないという鑑定を下した。そこで、1999年6月29日Xは訴訟を提起した。

【原告の請求】

Xは、Yの誤診により右乳房が全切除され、肉体的、精神的に耐えがたい苦痛を与えられたとして、（1）経済損失として245,405.90元を、（2）慰謝料として20万元の支払いを求めた。

【判旨】

民法通則98条、106条1項、2項に従い、（1）Xの請求をすべて棄却。（2）Yは判決の効力が発して3日以内に、経済補償として1万元、精神補償として1万元を支払え。

【判決理由】

法院は、北京腫瘍病院に鑑別を依頼した結果とYが提出した国内腫瘍医学の権威である上海医科大学腫瘍病院張仁元教授の意見書により、本件病症はレアケースであることを認定した。また、Yが術前に十分に検査を行い、症例検討会を開いたことから、法院はYが注意義務を果たしたと認定した。そのほか、検査する段階、施術する段階においていずれもXとその家族に対して説明義務を果たした。加えて術後管理も適切であり、Yは違法もなければ、過失も存在しない。さらに、切除した組織に関する検査で判明した事実（乳ガンでない）も正直にXに伝えた。以上により、法院は本件手術についてYには責任がないと認定する。とはいえ、Xが受ける苦痛はYの医学認識の限界により由来するものであると同時に、（Xの苦痛は）Yの治療とは客観的因果関係があるが故（Yが）Xに一定の経済、精神上の補償を与えるべきである。

（二審）受訴法院と判決年月日：南京市中級人民法院、2001年1月13日。

【上訴理由】

Xは原審判決がYの主張を全面的に認定したのは納得が出来ないとし、（1）原審取消、（2）一審時と同様の請求を求めた。Yは以下のように付帯上訴を提起した。原審判決は事実認定は正確であるが、法律適

用が誤っているとして、原審判決（１）の維持と、原審判決（２）の破棄を求めた。なお、二審期間中にＹは原審判決を受け入れる意思表示をした[67]。

【判旨】

民法通則98条、132条、民事訴訟法153条１項（一）に従い、Ｘの上訴を棄却、原審維持。

【判決理由】

法院は、悪性果粒細胞筋芽腫はレアケースであるため、Ｙに検査によって正確な判断を求めるのは酷である。鑑別がきわめて困難であるゆえに、Ｙが根治術を選択したのはやむを得ない。しかし、公平原則から考慮すれば、ＹはＸに一定の補償を与える判決をしてもよい。Ｘの上訴理由は成立しないため、支持しない。原審の法律適用は誤りがあったが、Ｙは二審審理中に原審判決のＸに２万元を補償することを受け入れる表明をしたため、原審維持とする。

【コメント】

本件訴訟は【事例15】と同様に、当事者の請求をすべて棄却したうえ、法院の独自の判断によってＹに補償を命じたのは、明らかに当事者の請求を逸脱している。法院の狙いは、特に一審では弱者である患者の救済であったといえる。

そのほかに、本件訴訟は当事者の処分原則に対する意識の薄さを表わしている。つまり、上訴審ではＹは原審判決の処分権の問題を指摘さえすれば容易に訴訟目的が達成される。しかし、Ｙは一審法院が「法律適用が誤っている」ことを理由にしているものの、処分権の問題を争点にしなかった点では、処分権に関するＹの意識の薄さが窺える。

## ４　小括

本節では、処分権の内容の一つである「法院審理の範囲は当事者の請求に拘束される」ことに関して、判例を通して中国の裁判実務における運用をみてきた。取り上げた16の裁判例では、いずれも法院が当事者の

---

[67] Ｙによる原審判決の受け入れ表明とは、どのような訴訟行為なのか不明であるが、付帯上訴取下げと理解して差し支えないのではなかろうか。

請求に拘束されることなく判決しているが、同時にいずれも当事者の処分権は問題とされていない。法院は当事者の請求をすべて棄却したのちに、新たに自ら項目を立ち上げて判決した【事例15】と【事例16】は最も特徴的であろう。

当事者の請求を超えて判決した理由ないし狙いについて、主に別訴防止のためであり、その背後にある意識とは、【事例13】で示されている「紛争の抜本的解決をするため」であると思われる。その理由についてさしあたり以下のようにさらに細分することができよう。すなわち、①「事実求是」、つまり実体的事実に基づく判決をめざしたため[68]、②法律適用よりも［合情合理（情に適い、理に適う）］をめざしたため[69]、③国家、集団の利益の保護をめざしたため[70]、④当事者双方の実際の経済利益を考慮し調整を図ったため[71]、⑤別訴防止をめざしたため[72]、⑥執行が順調に行なわれるように配慮したため[73]、⑦判決の社会効果をめざしたため[74]、⑧（判決した後の）紛争激化の防止をめざしたため[75]、⑨法院が当事者のためにおせっかいしたためである[76]。

以上のように、中国の裁判では対象当事者の請求に限定し、それについて法的判断を下すだけでは満足せず、法律以外の価値も取り入れ、執行などの事項まで視野に入れて当事者に対する真正なる救済と紛争の根こそぎ処理をめざしていると言える。また、法院は判決の社会に与える影響まで考慮し、すなわち、当事者と直接関係しない利益の実現まで意識していることが注目に値する。法院は、裁判において、以上のことの実現をも自らの任務であると理解すれば、審理は当然当事者の請求に拘

---

[68] 【事例１】、【事例２】、【事例３】、【事例５】、【事例７】、【事例10】、【事例11】である。
[69] 【事例３】、【事例４】、【事例５】である。
[70] 【事例６】、【事例７】である。
[71] 【事例13】である。
[72] 【事例１】、【事例２】、【事例３】、【事例４】、【事例５】、【事例７】である。
[73] 【事例４】、【事例７】、【事例８】である。
[74] 【事例12】である。
[75] 【事例12】である。
[76] 【事例４】、【事例13】である。

束されず、当事者の処分権が無視される。

中国では、当事者の請求に法院が過度に介入する根拠の一つとは、当事者は法律知識が乏しいため、法院はそれを補わなければならないと考えられている。しかし、紹介した裁判例では、弁護士が参加した訴訟でも、なお法院が当事者の請求を拡張ないし無視しているし、かつ弁護士はそれについて異議も唱えていない。すなわち、①法院による当事者請求の拡張は、弁護士が訴訟参加するか否かとは関係しない、②弁護士は判決が請求を超えて下されたことを問題視していない、と言えよう。

## 第３節　当事者の処分権に対する制限を否定した裁判例

以上では､当事者の処分権が制限された裁判例を取り上げたが､以下､比較的に最近に出された当事者の処分権に対する制限を否定した裁判例を紹介する。

### １　法院は原告の請求より被告にもっと高い賠償金額を命じることができると表明しながら原告の処分権を尊重するとし原告の請求金額に従い判決した裁判例

【事例17】[77]

原告Ｘ：四川省高級人民法院

被告Ｙ：范萍

受訴法院と判決年月日：（四川省成都市）青羊区人民法院、2000年８月29日。

【事実の概要】

Ｘは「大陸美髮（美容室)」を経営するＹとの間に、Ｘが所有する本件不動産（店舗）をＹに賃貸する下記契約を締結した。賃貸期間は1998年１月１日より1998年12月30日まで、賃貸料は毎月3,000元、賃貸期間中にＹはＸに水道電気料金を支払い、ＹがＸの許可を受けずに他人に本件不動産を貸してはならないことを約した。ところが1998年５月31日にＹはＸの許可を得ずに、訴外Ａに本件不動産を又貸しした。ま

[77]『法院案例選〔2002年１輯〕』105－114頁。

た、10月よりＹによる賃貸料の支払いが途絶えた。

【当事者の請求】

Ｘ がＹに賃貸料、電気水道費、違約費として、23,940元の支払いを求めた。

【判旨】

民法通則84条、85条、106条、134条１項７に従い、判決の効力が発してから15日以内にＹがＸに、賃貸料として9,000元、賃貸料損失として6,000元、違約金と滞納費として7,815元、計22,815元を支払え。

【コメント】

本件訴訟のＸの請求について、どの項目でどのように請求したのかを詳細に記述していないため、当事者の請求と判決の関係を明らかにできない。しかし、判決理由には以下のような記述があった。「Ｘが主張する違約金と滞納金は合計7,815元であり、Ｙが支払うべき金額よりは少ないが、これはＸが法律に基づき自分の民事権利を処分する行為であるがゆえに、法院はこれを許す」[78]。本件判決は、法院は当事者の処分権を尊重した裁判例として位置づけることができる。

しかし、法院の判決が当事者の請求に拘束されたことについて、判決理由においてそれを特筆していることからして、当事者の請求内容に法院の判決の範囲が拘束された事例はむしろ稀であることが窺える[79]。

---

[78] 『法院案例選〔2002年１輯〕』107頁。

[79] 法院が当事者の主張にしたがい、かつ判決理由において当事者の処分権を尊重したことを書き記した事例はほかにも二つがあった。【不法行為損害賠償の事例（『法院案例選〔2002年４輯〕172－178頁』）】：Ｘ（運輸業）が運転するトラックが交通事故に巻き込まれ、（事故車を避けるために）道路の脇にある溝に側転し、トラックの側面が破損した。ＸはＹら（交通事故救助業者）にトラックの引き上げを依頼したどころ、Ｙらによる作業では牽引用のケーブルの設置が誤り、つるし上げられたトラックがヘッドから二度も地面に落ちたため、トラックのヘッド部分が破損した。ＸはＹにトラックヘッド部分の修理代30,000元を求めて提訴した。法院は「Ｙらの行為によるＸの損失は42,940元である。ＸはＹらに３万元しか請求しないのは、Ｘの自らの民事権利を法律に基づいて処分する行為である。Ｘの訴訟請求について、法院はそれを支持する」（同上174頁）。【死亡賠償金の事例（『法院案例選〔2005年４輯〕』141－147頁）】：Ｘらの息子であるＡは、Y1に雇われY1が所有する漁船に乗り込み海

### ２　物件回復請求による妨害排除請求に対して経済的補償を命じた一審判決について上訴審では原告の請求を逸脱したとして一審判決を改めた裁判例

【事例18】[80]
原告・控訴人Ｘ：張雪珍
被告・被控訴人Ｙ：史中賢
（一審）受訴法院と判決年月日：鞏義市人民法院、判決年月日不明。

【事実の概要】
ＸとＹが請負った農地は隣接する。2002年３月にＹは境界線からＸ側寄りに幅7.15メートル深さ８メートルの溝を掘った。溝がＸの土地に58.41平方メートル食い込むこととなった。

【当事者の請求】
Ｘは原状回復を請求した。

【判旨】
土地（管理）法13条に従い、（１）Ｙが占用したＸの土地58.41平方メートルについて、Ｙに管理に使用させる、（２）Ｙは毎年Ｘに小麦44斤を基準（土地58.41平方メートルの平均収穫量）にＸの損害賠償を支払え。

【判決理由】
Ｙが掘った溝は広くてかつ深いため、Ｘの要求に基づき原状回復するのは非現実的である。したがって、法院は、Ｙが占用した土地58.41平方メートルをＹに使用させ、ＹがＸの損害を補償するように判決する。

（二審）受訴法院と判決年月日：鄭州市中級人民法院、判決年月日不明

---

に出たどころ、漁船が転覆しＡとY1が行方不明となった。ＸらがY1（失踪中）とその妻であるY2に対して、Ａの死亡賠償金を求めて提訴した。法院は判決の中において「死亡賠償金は受理法院所在地の前年度の都市部住民の平均可処分所得または農村住民の純収入を基準として、それぞれその20年分で算出する。遼寧省統計局が公布した2003年度の農村住民の平均収入は2,934元である。（したがってＸらが請求できる金額は58,680（2,934元×20年）元である）。ＸらはＹらに30,000元しか死亡賠償金を求めないのは、法律の規定範囲内において自己の権利の処分であるために、法院はそれを支持する」（同上143頁）。

[80]『法院判例選〔2004年民事専門輯〕』335－340頁。受訴法院：一審：鞏義市人民法院、判決年月日は不明。二審：鄭州市中級人民法院、判決年月日は不明。

【当事者の請求】

Xは（1）原審判決取消、（2）土地の原状回復、（3）Yが一審二審の訴訟費用を負担するように請求した。Yは原審判決の維持、上訴棄却を求めた。

【判旨】

土地管理法13条、42条、民法通則80条、117条、民事訴訟法153条1項に従い、（1）原審判決取消、（2）YはXの土地対する侵害を停止せよ、かつ判決の効力が発して30日以内に本件土地を原状回復せよ。

【判決理由】

原審の事実認定は誤っている。（1）原審は「Yが掘った溝は広くてかつ深いため、Xの要求に基づき原状回復するのは非現実的である」とするが、しかし、何が現実的、何が非現実的であろうか？現在の状況では、Yは本件土地の原状回復には十分以上の能力を有する。（2）原審判決の「Yが占用したXの土地58.41平方メートルについて、Yが管理し使用する」は完全に誤っている。本件土地の使用権はXにあり、YがXの損害を賠償するのはYに対する懲罰であり、土地の使用権を変更・譲渡の方法ではない。原審判決は完全にXの合法的土地使用権を侵害した。

【コメント】

原告（控訴人）の請求に対する原審と二審の判決内容は〔表9〕によって示される。原審取消しの理由について二審の判決理由では処分権について触れていないが、判例評釈では以下の指摘があった[81]。「人民法院は当事者の訴訟請求にしたがい、不法行為が成立するかまたは不法行為責任を負うべきかについて判決すべきであり、職権を超えて権利主体を変更して判決すべきでない。原審が被害者の耕地の使用権を加害者に変更することは、明らかに（法院の）権限を越えている」[82]。つまり、評釈者は法院が当事者による不法行為責任の訴えを使用権変更の訴えに変更し

---

81 本件判例評釈したのは、二審法院の裁判官である。担当裁判官であるか否かは不明である。

82『法院判例選〔2004年民事専門輯〕』339頁。

た点に問題があると指摘する[83]。文言上こそ当事者の処分権を援用していないが、法院が当事者の請求を無視し自ら請求原因を変えることが「法院の職権を超える」と指摘したことは、当事者の処分権尊重した証拠であるといえよう。

〔表９〕当事者の請求と判決

| | 一　審 | | 二　審 | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | Ｘの請求 | 判決 | Ｘの請求 | Ｙの請求 | 判決 |
| 本件土地 | 原状回復 | 本件土地の使用権はＹに変更 | （１）原審判決取消、（２）土地の原状回復、（３）Ｙが一審二審の訴訟費用負担 | 原審判決の維持、上訴棄却。 | （１）原審判決取消（２）土地原状回復 |
| 損害補償 | | ＹがＸに毎年小麦44斤を基準に損害を賠償せよ | | | |

## ３　法院が当事者が望まないプロテストについて当事者の処分権を侵害するとして法廷を開かなかった事例

【事例19】[84]

【裁判要点】

人民法院が検察院民事プロテスト申請を受けた後、調査によって紛争

83　不法行為と物件的請求権について、中国法では混同している。よって、本件は日本法に則していえば、「不法行為の訴えを使用権変更の訴えに変更した」のではない。「妨害排除請求をしたところ、それを認めず、経済的補償を命じた」である。また、原文にしたがい「土地の使用権」という表現を用いているが、しかし、そもそもこの土地は農地に設定された請負経営権であり、「土地の占用権」という表現がもっと相応しいであろう。

84　最高人民法院指導案例７号。最高人民法院は2010年11月26日に「案例指導業務に関する規定」を公布し、案例指導制度を正式に確立させた。本件訴訟はその規定に基づき、最高人民法院が指定した第７号判例である（2012年４月９日公布）。なお、最高法院案例指導業務の詳細について、徐行・前掲注13、90頁以下参照されたい。公布される指導性案例の様式の紹介もあわせ、本件訴訟は最高裁が公布した書面を全文翻訳する。

がすでに解決し、当事者がプロテストの取下げを申請し、かつ原審判決が国家の利益、社会公共の利益、あるいは第三者の利益を損害しない場合は、法律に依ってプロテストによる再審を行わないと裁定すべきである。すでに再審開始を裁定した場合は、法律に依って再審を終結する裁定を行うべきである。

【関連条文】

民事訴訟法140条１項11。

【案件の基本状況】

2009年６月15日に、黒竜江省牡丹江市華隆房地産開発有限責任公司（以下、華隆公司と略す）は、牡丹江市宏閣建築有限公司（以下、宏閣公司と略す）と張継増氏との間に起きた建設施工契約紛争に対する黒竜江省最高人民法院の判決を不服として最高人民法院に対して再審を請求した。これを受けて、最高人民法院は同年12月８日に審判監督手続にて本件訴訟を再審する裁定を下した。最高人民法院の民事審判第一庭が本件訴訟を再審中、華隆公司は当事者間に和解ができかつ履行済みであることを理由に、再審取下げを申請した。最高人民法院が審査した後に、2010年12月15日に取下げを許可する裁定を下し、再審の取下げを認めた。

しかし、華隆公司は、法院に再審を申請した同時に、検察院にプロテストの申請も行った。2010年11月12日に、最高人民検察院がプロテストの申請を受理した後に、審判監督手続にて本件訴訟についてプロテストを発動することを決定した。2011年３月９日に、最高人民法院立案第一庭が最高人民検察院のプロテストを受け、立案登録を行った後に、11日に審理のために審判監督庭に移送した。移送を受けた最高人民法院審判監督庭は審査したところ、（上記のように）華隆公司が本件訴訟について再審を申請したが、すでに（当事者が訴えの取下げし）紛争が解決したことが判明した。かつ、検察院のプロテスト理由と（華隆公司が主張した）再審理由とは基本的に同様であるために、最高人民法院は最高人民検察院にプロテストを撤回するように連絡した。しかし、最高人民検察院がプロテストの撤回に同意しなかった。最高人民法院が華隆公司と連絡したところ、華隆公司はプロテスト案件についてすでに当事者間に和解ができかつ和解案が履行されたこと、紛争がすでに解決したことを理由に、同年４月13日に再び最高人民法院に（最高人民検察院のプロテ

ストによる訴訟に関する）取下げの申請書を提出した。

【終局結果】

最高人民法院は2011年７月６日に、本件訴訟の審査が終結する裁定を下した。

【理由】

（本件について）最高人民法院は以下のように認識した。人民検察院のプロテストによる再審と、人民法院が当事者の申請に基づく再審では、再審期間中に当事者間に和解ができかつ履行が完了した場合、または当事者が再審の取下げを申請した場合は、国家の利益と社会の利益への侵害がなければ、当事者の法定範囲内の本人の合法的権利を自由に処分する権利を尊重かつ保護するために、訴訟の法律効果と社会効果の統一を実現するために、社会の和諧を促進するために、人民法院は「民事訴訟法の審判監督手続に関する若干問題の解釈」第30条の規定に基づき、再審訴訟の終結を裁定すべきである。

本件訴訟では、華隆公司は原審法院の判決に不服で、最高人民法院に再審を申請すると同時に、検察機関にプロテストの要請も行った。本院が審理期間中に、当事者間において和解が成立し、本法院に再審の取下げを申請した。当事者は法律の規定範囲内において自己の民事権利利益と訴訟権利を処分することができ、その訴えの取下げの意志が真実であったので、（法院は）再審の取下げを許可する裁定を下した。本件訴訟の当事者間の紛争はすでに解決ができ、かつ本件訴訟は国家の利益、社会公共利益あるいは第三者の利益に及ぶことがなく、したがって検察機関のプロテストの基礎はすでに存在しないがゆえに、本件訴訟はプロテスト手続に基づき再審を開始させる必要がなくなり、法律に依って本件訴訟が終結するように裁定すべきである。

【コメント】

本件訴訟は、一見、当事者の訴えの取下げによって審理が終結するか否かが問題となっている。しかし、当事者がすでに再審を取下げにも関わらず、検察がプロテストを発動した場合の法院の判断に注目すれば、当事者の処分権について、法院の意識変化を物語る画期的な事例であるといえよう。本来ならば、検察院によるプロテストは人民法院の審判を監督する手続であり、仮に当事者が請求していない場合でも、検察が自

ら開始ができ、かつ法院がそれにしたがい裁判を開始しなければならない強力な措置である。本件では、当事者が望まないプロテストは、当事者の処分権侵害として法廷を開かずに、結審と裁定したのは、むしろ法院が当事者の処分権を広く認める格好な事例であろう。

## ４　小括

第三節では、当事者の処分権の制限を否定する裁判例をまとめてみた。以下では、第一、二節で取り上げた裁判例との比較において、三節で紹介された裁判例の位置づけを試みる。

第一節で紹介した【事例８】や【事例９】などでは、法院は当事者が受ける損害について、徹底的な調べによって実際の額を算定し、当事者がそれより少ない請求をしているにもかかわらず、法院は、実際の被害額に基づく損害賠償を命じている。それに対して、【事例17】では、法院は実際の被害額がもっと高いと知りながら、当事者の請求額にしたがい判決している。その理由について、法院は「当事者が民事権利と訴訟権利を処分する権利がある」と挙げたことから判断して、法院は当事者の処分権を認めた事例として位置づけすることができる。

第二節で紹介した裁判例の中では、【事例12】や【事例13】などのように多くの場合は法院が勝手に当事者の請求原因を変えて判決している。これに対して【事例18】では、一審こそ法院が勝手に当事者の請求原因を変えて判決していたが、二審においてそのような判決は「法院の職権を超えている」として、判決を改めた点は注目に値する。すなわち、この裁判例は、法院は、請求原因を決めるのは当事者であり、法院が恣意的にそれを変えることは許されないと当事者の処分権を意識した裁判例である。

訴訟における当事者の処分権に対する法院の意識変容をもっともよく示したのは2011年の【事例19】である。2002年の【事例１】では当事者間に和解ができ、当事者が取下げを求めているにもかかわらず、検察によるプロテストで法廷を開いたのを比べれば、その違いは一目瞭然であろう。検察によるプロテストは強力な裁判監督手続であるが、法院が当事者の処分権を尊重することを理由に実質上プロテストを拒否し、かつそのような裁判例を最高人民法院が指導性案例と指定したことは、最高

人民法院には当事者の処分権を認めようとする動きがある理解して差し支えないであろう。

## 第４節　実体法の規定に起因する請求範囲から逸脱した裁判例

前節では裁判の範囲が当事者の請求に限定されていない実務の実態を実例により示してきた。しかし、この現象は実は実体法の規定のあり方により必然的にもたされているという場合がある。以下では、実体法規定のあり方により裁判対象が当事者の請求に限定されずに、法院の職権により拡大される事例を取り上げる。

### １　「職権的財産帰属」裁判例（民法通則134条３項）

実体法がそもそも当事者の請求を前提とせずにされることを予定している代表例として、以下の民法通則134条３項がある。「人民法院は民事事件の審理において、上記の規定を適用するほか、さらに、訓戒を与え、悔い改めの誓約書を書くことを命じ、又は不法な活動に用いられた財物と不法所得を法院に帰属させる〔収繳〕ことができ、かつ法律の規定に基づき過料又は拘留を科することができる」。本条によれば、法院は民事訴訟において、当事者の請求を待つことなく、民事訴訟の当事者に訓戒を与えたり、悔い改めの誓約書書くことを命じたり、不法活動に用いた財物や不法所得の法院への帰属を命ずることができるのである。これは民事訴訟における当事者の主張についての判断とは別に法院独自の判断で発動されるもので、民事訴訟の範囲すら逸脱するものである。以下、適用した事例を挙げる。

【事例20】[85]
原告Ｘ：王宏波〔農業従事者〕

---

[85] 呉逸寧「中国の民事訴訟における「職権的財産帰属命令」の運用と機能――日中比較法の視点を通じて」北大法政ジャーナル第19号（2013）15-16頁。「王洪波與楊桂峰」河南省登封市人民法院（2007）登民一初字第854号判決、裁判年月日2008年９月10日、出所：北大法意。

被告Ｙ：楊桂鋒〔農業従事者〕
受訴法院と判決年月日：河南省登封市人民法院、2008年９月10日。
【事実の概要】
2004年、ＸとＹは以下土地賃貸借契約を締結した。Ｘは自己が請け負った責任田[86]5.5畝をＹに賃貸する。責任田5.5畝の賃料は１年当たり2,750元とし、期間は10年と約定した。本件契約が締結された後、Ｙは賃借した責任田に工場を建てたが、Ｙは約束通りＸに2,750元の賃借料を毎年支払っていた（2004年～2007年の４年間で合わせて11,000元の賃借料をＸに支払った）。2007年、Ｘは、Ｙが無断で携帯電話会社「中国移動」に本件責任田にトランスミッターを建てさせたことを発見した。ＸはＹに①賃貸借契約は無効である、②ＹはＸの責任田にある工場とトランスミッターを撤去せよ、③ＹはＸの経済的な損失8,100元を賠償することを求めて提訴した。
これに対して、Ｙは、①Ｘの責任田は集団所有であり、Ｘは責任田の使用権を賃貸する権利がないから、ＸはＹに11,000元の賃料を返還せよ、②ＸはＹの経済的な損失60,000元を賠償せよと反訴を提起した。
【判旨】
農村土地請負法８条、契約法52条に従い、（１）Ｘの①と②の請求を認容し、③の請求を棄却する。契約法59条、民法通則134条３項に従い、（２）ＸがＹから受領した賃料11,000元を法院に帰属させる（別に民事制裁決定書を作成する）。（３）Ｙは召喚状により召喚されたにもかかわらず、正当な理由なくして出廷を拒絶したため、Ｙの反訴を取下げたとみなす。
【コメント】
本件訴訟の判決（２）の部分は、当事者が請求していない。このように、実体法を根拠に民事裁判においては、法院は職権によって当事者の財産を法院に帰属させるように命じることができる。この制度を発動する要件は本件訴訟でわかるように、契約が国家、集団の利益など公共の

86 責任田とは、農民が集団から１戸ごとに請け負った耕地のことである。農民は責任田を使用できるにとどまり、責任田を売買することはできない。責任田の土地所有権は、集団に属する。

利益を害すると判断されることであり、裁判の範囲は当事者の請求に拘束されない。公共の利益を侵害したか否かの審査も法院の任務であるとすれば、当然法院の判決は当事者の請求に限定されることはなかろう。

この「財産帰属命令」についてはもっと極端な裁判例がある[87]。Yは X より2,000元を借りタバコの販売資金に充てた。X が返済を催促したがYが応じなかったため、X が返済を求めて提訴した。法院は、Y にはたばこの販売許可がないことを理由に、代金である2,000元を法院に帰属させた上で、無許可販売したYとその資金を提供したXにそれぞれ50元の過料を科したというものである。日本法の場合は、不法原因給付として当事者の請求を門前払いすることとなるであろう。日本の裁判所の消極的な姿勢に対して、中国の法院はきわめて積極的であることが分かる。

## ２　離婚における生活困難者に対する経済支援の裁判例（婚姻法42条）

婚姻法42条には以下のように離婚訴訟において一方から他方へ経済的給付を命じる規定がある。「離婚時、一方が生活困難であるときに、もう一方は適切な経済援助を与えるべきである。具体的には双方が協議するが、協議が成立しない場合、法院が判決する」。離婚後の経済的給付は当事者の請求をまつまでもなく、法院が職権で必要性を認めればこれを命じることができるとされているのである。以下、具体的な適用事例を示す。

【事例21】[88]
【事実の概要】
原告・控訴人 X：胡学元（夫）
被告・被控訴人 Y：滌蕾（妻）
（一審）受訴法院と判決年月日：雲南省昆明市五華区人民法院、1998年12月４日。
（二審）受訴法院と判決年月日：雲南省昆明市中級人民法院、1999年３

---

87『中国審判案例要覧〔1993年〕』549－551頁。
88『中国審判案例要覧〔2000年〕』１～３頁。

月２日。

　1997年11月にＸとＹは知り合い、1998年７月９日に合意により結婚をした。婚姻届を出す直前に、二人は夫婦財産契約を交わし、互いの財産や離婚する際のことについて契約を交わした。その内容は以下通りである。「知り合う前に各自所有していた財産はそれぞれ各自の所有とし、万が一婚姻が破綻した場合、財産分与は本契約の定めに従う」、Ｙは「結婚前に仕事を辞め、現に収入がない状況であるため、今後の生活に困ることがないようにＸが20万元（またはそれに相等する住居一つ）をＹに与えること」を約束した。また、「20万元は暫くＸが預かり、結婚後、もしＹが離婚を申し出、またはその他の事情があった場合、この金はＹのものとはせず、逆にＸが離婚を申し出、またはその他の事情があった場合、この金はＹの所有とする」。結婚して間もなく、二人は年齢差、性格の相違などの擦れ違いにより夫婦の関係にヒビが入り、Ｘが離婚および財産返還訴訟を提起した。

　これに対して、ＹはＸの財産をもらったことがないと主張すると同時に、結婚前に交わした財産契約に従って20万元を支払うよう反訴した。

　原審では、婚前に交わした契約は二人の真意により作成したものであるとし、その効力を認めた上で、婚姻法25条、33条、民事訴訟法109条に従い、ＸとＹの離婚を認め、同時にＸがＹに20万元を支払えと命じた。財産返還請求についてＸが証拠を出せなかったので、棄却した。

　Ｘは以下のことを理由に上訴した。本婚前契約は一種の条件付の贈与行為であり、ＸまたはＹの離婚申込みが契約の成立条件となっているとした上で、これは離婚の自由を制限し、婚姻の名目で財産を奪い取ろうとする行為である。したがって本件契約は法律に違反するため、無効にするべきである。また、贈与の目的物はＸが預かっているため、贈与関係も成立しない。

【判旨】

　婚姻法25条２項、42条に従い、（１）離婚を認める（原審判決維持）。（２）ＸがＹに支払う20万元について無効。（３）Ｙに対し２万元の経済援助をせよ。

【コメント】

　判決の（３）の部分は当事者が請求していないものである。これは上

記婚姻法42条の規定に起因するものであろう。契約上の請求を認めなかった代わりに、婚姻法を根拠に職権により生活援助を命じたのである。離婚時の生活補助給付は当事者の請求なくても、法院は職権で命じることができるのである。さらに、この２万元という金額もまったく法院による職権的判断による。

### ３　公平責任の裁判例（民法通則132条）

中国の不法行為法には過失責任とは別に公平責任と呼ばれる原理がある。具体的には民法通則132条、不法行為責任法24条などに規定され、故意過失がない場合でも一定の給付を命じることができる場合がある。たとえば、民法通則132条は以下のように規定する。「当事者に損害の発生に対しいずれも故意或いは過失がないときは、実際の状況に基づいて、当事者が民事責任を分担する」。または、不法行為責任法24条では以下のように規定する。「発生した損害に対して被害者と行為者のいずれも故意或いは過失がない場合は、実際状況に基づいて双方が損失を分担する」となっている。この民事責任の分担や損失の分担は、当事者がそれを請求することを必ずしも前提としていないと考えられる。以下、具体的な事例で示す。

【事例22】[89]
原告・被控訴人 X1：閻国強（夫）
原告・被控訴人 X2：楊静（妻）
　訴訟代理人：海唯実、中国人民解放軍総政治部直属法律顧問処・弁護士
被告・控訴人 Y：北京市海淀区婦幼保健院
　訴訟代理人：祁咏欣、北京市見誠弁護士事務所・弁護士
（一審）受訴法院と判決年月日：北京市海淀区人民法院、2003年７月１日。
（二審）受訴法院と判決年月日：北京市第一中級人民法院、2004年１月23日。

---

[89] 『審判案例要覧〔2005年〕』339－347頁。

【事実の概要】

2002年２月21日に、X2が妊娠15週目でＹと検査および安全分娩を目的とする医師患者契約を結んだ。2002年７月23日に、X2が妊娠37＋３週目（まま）にＹに検査のために訪れた。胎児には酸素不足の兆候があったが、Ｙの医師はX2に家に帰ってから酸素を吸うこと、かつ翌日必ず受診するように指示した。７月25日にX2が自然分娩により胎児を産出したが、死産であった。2002年11月19日に北京市海淀区医学会による医療鑑定によれば、本件は医療事故ではないと認定された。

【当事者の請求】

Ｘらは死産の原因がＹによる医療過誤であるとし、（１）X2の医療費2,258.74元、（２）休業手当4,036元、（３）介護費4,800元、（４）入院食事手当120元、医療事故技術鑑定費3,000、（５）カルテコピー費61.30元、（６）慰謝料100,000元、計114,276.04元の損害賠償を求めた。

【判旨】

民法通則119条に従い、（１）ＹはＸに慰謝料として２万元を支払え、（２）ＹがＸに医療事故技術鑑定費3,000元、カルテコピー費61.30元を支払え。

【判決理由】

法院は、本件は医療事故でないとする北京市海淀区医学会医療鑑定を採用した。しかし、民法通則132では「当事者に損害の発生に対しいずれも故意或いは過失がないとき、実際の状況に基づいて、当事者が民事責任を分担する」と定めている。「『医療事故処理条例』の中では「医療事故に属しないものは、医療機構は賠償責任を負わない」と規定しているとはいえ、立法法によれば、法律の効力は行政法規、地方性法規、行政規則より高い。我が国の民法基本制度である民法通則は、その法律効力は医療事故処理条例より高い。民事法律基本原則にかかわる事件の審理では、法院は効力の高い民法通則を適用すべきである」[90]。

【コメント】

本件では、被告の医療行為には過失が存在しないとしながら、被告に慰謝料の支払いを命じ、皮肉にも被告の行為が医療事故に当たらないと

90 『審判案例要覧〔2005年〕』342頁。

した鑑定費まで被告に負担させた。その法的根拠は、実体法である民法通則132条によって定められている公平原則である。公平原則とは、過失を要件とせず、過失要件が障碍になって救済が拒まれるということはない[91]。当事者双方の行為に過失がない場合に、法院が「実際の状況に基づいて」判決できるとすれば、当事者の訴訟における処分権を論じる余地もないことは明らかであろう。

### 4　当事者に過失がなくても賠償責任を課す裁判例（民法通則意見157条）

上述の公平責任とは、「当事者に損害の発生に対しいずれも故意或いは過失がないとき」の損失分担原則であるが、当事者以外に真の責任者がいることが明かであっても、当事者に責任を負わせることができる以下の司法解釈がある。「民法通則」徹底執行の若干問題に関する意見157条「当事者が損害の発生に対してともに過失がないが、当事者の一方が相手方の利益のために、あるいは共同の利益のために活動を行う過程の中で損害を受けた場合は、相手方または受益者に一定の経済補償を命じることができる」。

この司法解釈があれば、裁判官はむしろ法律関係に限定されず、恣意的に責任のない当事者に賠償を命じることができる。本件訴訟はまさにそれをあらわす裁判例であり、判決の理論構成を紹介するために、判決理由についてやや詳細に記載する。

【事例23】[92]
原告・控訴人 X1：李萍
原告・控訴人 X2：龔念

---

91　チミット「中国社会の変容と不法行為法（４・完）」北大法学論集52（２）507頁。

92「李萍、龔念訴五月花公司人身傷害賠償糾紛案」中華人民最高法院公報2002年２期61－63頁。一審と二審の【事実の概要】や【判決理由】などの訳は、小口彦太「中国特色を有する民事裁判――違約責任も不法行為もないのに賠償を命ぜられた事例」早稲田法学87巻２号（2012年）103－126頁によるが、誤植の部分に関しては「最高法院公報」にしたがった。

訴訟代理人：劉蓋丘、広州華之傑弁護士事務所・弁護士
　訴訟代理人：黄雄周、広州拱辰聯合弁護士事務所・弁護士
被告・被控訴人Ｙ：広州珠海経済特区五月花飲食有限公司
　訴訟代理人：羅篠琦、曹宇曈、広東省南方弁護士事務所・弁護士
（一審）受訴法院と判決年月日：広州珠海市中級人民法院、2000年９月１日。

【事実の概要】

　1999年10月24日18頃に、Ｘらは子供Ｚを連れ友人とともに、Ｙが経営するレストランをおとずれた。レストランの店員に案内され、二階の個室の隣のテーブルに着席した。18時30分に個室に爆発がおき、爆破の破片に当ってX1とＺがただちに人事不省に陥り、X2も負傷した。後に、Ｚを病院に送り込み、X1も病院に搬送された。Ｚは両肺が爆発で外傷性窒息の状態になり、呼吸と循環機能が衰え、死亡した。X1は左上肢の神経血管の損傷、腹部の閉合性の損傷、失血性ショック、肺挫傷を被り、左上肢切断及び脾臓切除手術を受け、治療後２級障害の認定を受けた。X2は外耳に軽度の傷を負い、右背部に若干の傷を負った。

　爆発は、レストランの店員が客のために「五糧液酒」の蓋を開けたときに生じた。酒瓶に偽装した爆発物は個室の中で食事をしようとした医師がもらった贈り物で、一時期、家に放置しておいたが、10月24日夕方、当該医師はこの「酒瓶」を個室に持ち込み、店員がその蓋を開けたときに爆発が生じた。この爆発物を製造し、それを医師に送った犯罪容疑者はすでに公安機関によって逮捕され、現在審理中である。

【当事者の請求】

　Ｘらは、Ｙに（１）医療費、栄養費、介護費、交通費、義足取付費、障害生活補助費、後期継続治療費、障害賠償金、生育能力喪失賠償金、死亡賠償金、慰謝料など合計403万元を賠償し、（２）本件訴訟の全額訴訟費用を負担すること、を請求した。

【判旨】

　民法通則106条１項、民事訴訟法64条１項に従い、（１）請求棄却、（２）訴訟費用は当事者らが共同負担。

【判決理由】

　ＸらはＹの支配下にあるレストランにて食事をすることになり、Ｙ

との間で消費サービスの関係を形成し、Ｙには X らの人身の安全を保障する義務が発生した。Ｙがこの義務を尽くしたかどうかについては、当該レストラン業の性質、特色、要求及び対象等の要素を総合的に判断しなければならない。本件では、X らの人身障害と Z の死亡は Y のレストランで生じた。このたびの爆発は第三者による犯罪行為によって引き起こされたもので、Y 自身のサービス行為とは直接の因果関係がない。当時の環境のもとで、Y が合理的な注意を払っても、この爆発を予見することができず、客の人身の安全を保障する義務を尽くしていると理解するのが妥当である。

爆発が原告 X らの人身障害と Z の死亡の必然的な原因をなした。X らは、店の板壁が基準に合致せず、これが安全の隠れた危険をなしたのであり、民事責任を負うべき考えた。板壁が基準に合致しなかったことは、X らと Z の負傷・死亡の条件に過ぎず、原因ではなく、それと損害事実の間には直接因果関係はなく、Y はこれにより権利侵害の損害賠償責任を負うことはできない。

消費者権利利益保護法22条１項は「経営者は、商品を正常に使用し、あるいはサービスを受け入れるという状況にもとで、その提供商品またはサービスについて本来有すべき品質、性質、用途、有効期限を保障しなければならない。但し、消費者が購買商品または受け入れたサービスにすでに瑕疵が存在することを知っていた場合は、この限りでない」と規定している。

Y はレストランの経営以外に、たばこ・酒類の経営権を有している。しかし、法律の規定によれば、彼らは自己の提供した商品に対して品質保証の責任を負うだけで、客がレストランに持ち込んだ商品に対してはこうした義務は負わない。このたびの爆発は、客が酒に偽造された爆発物をレストランに持ち込んだことによって引き起こされたものであり、Y が提供した商品、サービスとは関係ない。客が酒類をレストランに持ち込むのを認めているのは、客の要求であり、またレストラン業の慣行でもある。法律、法規及び営業規定はこれを禁止していない。Y は客が酒を持ち込んでレストランへの入店を禁止しなかったことに過失はない。消費者権利利益保護法11条、41条、42条の規定が意味しているのは、経営者が商品またはサービスを提供し、それにより消費者に負傷、死亡

をもたらした場合に負うべき責任のことである。Ｘらがこれらの規定を根拠にＹの責任追求するのは妥当でない。

民法通則が規定する侵害による損害の際は、一般的権利侵害による損害と特殊な権利侵害による損害に分けられる。民法通則106条１項は「公民、法人が故意、過失によって国家、集団の財産を侵害し、他人の財産と人身を侵害したときは、民事責任を負わなければならない」と規定している。この規定からわかることは、一般的権利侵害による損害は、損害事実の客観的存在、権利侵害行為と損害事実との因果関係、行為者の故意、過失、行為の違法性を同時に具備していなければならない。特殊なケースにおいて、四要件を同時に具備していなくても、法律で民事責任を負うべきことを規定しているときは、当事者は責任を負わなければならない。これは特殊な権利侵害による損害である。特殊な権利侵害には、過失推定、無過失責任、公平責任といったいくつかの帰責原則が適用される。しかし、必ず法律に明文の規定がなければならない。原告Ｙらの提起した権利侵害による損害賠償の訴えは、その事由において、法律が規定するその他の特殊な権利侵害による損害の事由を具えていない。本案では、明白に加害者が存在しており、故意、過失によって責任を負うべき者がいない場合にのみ適用される公平責任原則を適用することはできない。したがって、一般的権利侵害による損害にもとづき、過失責任原則を適用するほかない。Ｙはこのたびの爆発において、尽くすべき注意義務を尽くしていて、Ｙ自身もこのたびの事件の被害者である。ＹはＸらＺの負傷、死亡について故意、過失がない。したがって権利侵害を構成しない。Ｙと加害者の間にはいかなる法律上の利害関係もなく、代位責任を負わせることはできない。Ｘらは故意を有する第三者に賠償を請求すべきで、同様に被害者であるＹに加害者の民事責任を代替させることはできない。Ｙの抗弁には十分な理由があり、認めるべきである。民事訴訟法64条１項は「当事者は自己の提出した主張に対して証拠を提供する責任がある」と規定しており、Ｘらの、法院はＹに賠償責任を負うように命ずるべきである主張は、自己の主張する事実と法律の根拠を提供できておらず、したがってその訴訟請求は支持できない。

（二審）受訴法院と判決年月日：広東省高級人民法院、判決年月日は不

明。

【当事者の請求】

Xらは以下のことを理由に、消費者権利利益保護法の規定にもとづき、Yに賠償責任を負わせるように求めた。①一審は、XらとYの間には「消費とサービスの関係が形成される」と認定している以上、これを消費者権利・利益の争いであって、一般的な人身損害紛争ではないことを肯定したものである。②Yはレストランを経営するにつき、関連部門に申請せずに改装しており、それは消防法と公共娯楽場所消防安全管理規定に違反している。③Yには違約行為がある以上、権利侵害責任を負わなければならない。

【判旨】

民事訴訟法153条1項（二）、民法通則4条、「民法通則」徹底執行の若干問題に関する意見（最高人民法院）157条にしたがい、（1）一審民事判決を取消、（2）YはXらに30万元補償せよ、（3）一審、二審案件受理費合計60,320元は双方当事者が半分ずつ負担する。

【判決理由】

契約法122条は「当事者の一方の違約行為により、相手の身体、財産上の利益を侵害したときは、被害者は本法にもとづき違約責任を追及することができ、又その他の法律にもとづき不法行為責任を追及することもできる」と規定している。Xらが一審、二審で提起した訴訟の主張をみてみると、Yの違約を考える同時に、また不法行為も考えていて、民事責任競合の事情が存在すると考えていたと思われるが、違約と不法行為のいずれを選択するのかが明確に示されていない。当該法律の規定により、法院は全面的に審理を行ったうえで権利者に有利との原則にもとづき、事情を勘酌して処理しなければならない。

Yのレストラン改修問題について、Xらは、Yは改修に際して申請手続をとらず、また消防安全管理規定に違反して安全を害う隠れた危険が存したとして、不法行為責任を負うべきであると主張した。調査によれば、Yは開業前にすでに公安消防部門に報告してその承認を得ており、いまだ申請していないというのは、事実と符合しない。さらに改修材料が消防安全管理規定に合致するかどうかは、当該材料の耐火性の強弱を体現するだけで、抗爆発性の強弱を体現するものではない。また、耐火

性が強ければ抗爆発性能も強いというわけではない。板壁がどのような抗爆発性能を具備すべきかについて、法律には強制的規定はなく、Ｙに改修不当の法律責任を負わせることはできない。

Ｙが違約しているかどうかの問題について、ＹはＸら一家が当該レストランで食事するのを受け入れており、双方の間で消費サービスを主たる内容とする契約関係が形成されている。契約法60条２項は「当事者は誠実信用責任原則に従い、契約の性質、目的、取引習慣にもとづき、通知、協力、秘密保持等の義務を履行しなければならない」と規定している。Ｙは消費とサービス契約における経営者として、契約約定の義務を全面的に履行しなければならないと同時に、契約法60条の規定にもとづき、消費者の人身、財産が不法に侵害を受けないようにする付随義務を履行しなければならない。この付随義務を履行するためには、経営者は本業の性質、特色、条件にもとづき、随時、慎重に、消費者の人身、財産の安全を保護するように注意しなければならない。しかし、刑事犯罪の突発性、隠蔽性、犯罪手段の知能化、多様化により、経営者がいくら注意を払っても、刑事犯罪による客の人身、財産侵害を完全に防ぐことは不可能である。こうした侵害が発生した場合は、経営者が合理的な注意義務を尽くしたかどうかという観点からその違約の有無を判断することができるだけである。Ｙが客による酒類の持ち込みを受けいれてきたのは、その業界の慣行による。客がレストランに酒を持ち込むことについて、わが国の現在の社会環境からすると、飛行機のような厳格な安全検査措置を経営者に要求する必要はなく、またその条件もない。この爆発物の外装は酒類に酷似していたため、一般人の肉眼では識別が困難である。この爆発物を持ち込んだ客は､それを自宅に放置していたとき、その危険を察知できなかった。したがって店員に対して酒瓶を開けるときに必ず危険の存在の判断を要求することは、不可能を強いるようなものであり、Ｙには違約行為は存在しない。

Ｙが不法行為に当たるかどうかの問題について、消費者権利利益保護法の規定によれば、経営者は自己の提供した商品、サービスに対して責任を負わなければならない。この中には、当然、消費者自身が持ち込んだ物品についての責任は含まれない。Ｘ一家がＹのレストランで食事したときに、倒壊した板壁により負傷、死亡した。この板壁の倒壊は、

犯罪分子が作成した爆発物により引き起こされたのであって、その責任は当然犯罪分子が負わなければならない。Ｙは犯罪分子と不法行為の共同故意はなく、まして共同不法行為を実行したわけではない。したがって消費者権利利益保護法の規定によってＹの不法行為を認定することはできない。

以上をまとめると、Ｙは本案において違約も不法行為もなく、違約または不法行為という法律事由をもってＹに民事責任を負わせる旨の判決を下すことができない。ＹとＸらはこのたびの爆発事件でともに不幸に遭遇し、現在、加害者はすでに捕らえられているが、経済的賠償能力がないため、当事者の双方とも全額賠償を得ることができない状況に直面している。こうした状況のもとで以下のことを見なければならない。すなわち、Ｙは企業法人として、営利目的を実現するために客が酒類を持ち込むことを認めたのであり、そのためにレストランの爆発事件を引き起こし、レストランの板壁がこの爆発を食い止めることができず、倒壊後、Ｘら無辜の家族に被害をもたらすこととなった。Ｙはこのたびの爆破事件において民事責任を負うべき故意過失を法定することはできないが、Ｘら一家が被害を受けた事件とは無関係ではない。さらにまた、以下のことを見なければならない。当事者の双方がこのたびの事件において被害を受けたが、Ｘら一家はＹが利益を得るのに有利な食事をするという行為をなしたときに自己の生存権利利益に損害を受け、他方、Ｙが受けた損害は主に自己の経営利益であった。両者を比べると、Ｘらが受けた損害はＹに比べてより深刻であり、社会各界（Ｙ自身を含む）がこぞってＸら一家の事件遭遇に深い同情を示した。「民法通則」徹底執行の若干問題に関する意見157条の規定からでは、Ｘら一家の経済状況にもとづき、双方当事者の受けた損害結果の均衡をとるために、事情を勘酌してＹがＸらに一部の経済損失を補償するのが妥当である。一審が、Ｙには違約も不法行為も構成せず、それゆえ民事責任を負うことはできないと認定したのは正しい。しかし、双方の当事者間の利益が均衡を失していることを考慮せず、単にＸらは加害者に対して賠償をなすよう主張すべきことを理由として、Ｘらの訴訟請求を棄却していることは、民法通則４条の「民事活動は自由意思、公平、等価有償、誠実信用の原則に従わなければならない」との規定に合致せず、その判決は妥

当性を欠き、正さなければならない。
【コメント】
上記【事例22】では、過失を要件としない、生じた損害について当事者らがそれを分担する「公平原則」によって処理されたのに対して、本件では「明白に加害者が存在しており、故意、過失によって責任を負うべき者がいない場合にのみ適用される公平責任原則を適用することはできない」[93]。そこで登場したのは、民法通則意見157条である。この規定によれば、責任者はほかにあって、当事者がまったく責任がない場合でも、法官は当事者に補償を命じることができる。換言すれば、法院は自らの判断で、法的責任がないが関係ありそうな者に補償を負わせることが可能となる。この条文が根拠とする裁判では、当事者の処分権を論じる余地が存在しえない。

本件訴訟がなぜ民法通則意見157条を援用したかについて、判決理由では以下３点を挙げている。①Ｘらは Y が利益を得るに有利な食事をする時に事件に遭った、②両当事者を比較すれば、Ｘらが被った損害は Y よりも深刻であった、③社会各界はＸら一家の遭遇について深い同情を示した。このような理由による本件判決について、小口彦太氏は法院が命じた「補償」はむしろ裁判の外の世界での処理方法であり、「慈悲」の世界での議論になるが、中国法では本来「慈悲」の世界で論じられる事柄が、法＝裁判の世界で論じられていると指摘する[94]。

## ５　小括

本節では、実体法が根拠となる「法院の判決は当事者の請求に拘束されない」裁判例を取り上げて紹介した。手続法における処分原則の考察とする本稿の主旨とは離れているため、実体法に起因する問題について深入りしないが、中国の民事訴訟における処分権の問題は、訴訟法に限定される問題ではなく、根が深い問題であることに留意されたい。

93 小口彦太・前掲注92、116頁。
94 小口彦太・前掲注92、123－124頁。

**主要参考条文**[95]

**民法通則**

４条：民事活動は自由意思･公平･同価有償･誠実信用の原則に従うべきである。
５条：公民・法人の合法的民事権利利益は法律の保護を受け、如何なる組織と個人も侵犯することはできない。
６条：民事活動は法律を遵守しなければならず、法律に規定のないときは、国家の政策を遵守するべきである。
28条：個人工商業者、農村請負経営者の合法的利益は、法律の保護を受ける。
50条：独立の経費を有する機関は成立の日から、法人の資格を具する。法人の条件を具備する事業単位・社会団体は、法に依り法人登記の処理の必要のないときは、成立の日から、法人の資格を具える。法に依り法人登記の処理を必要とするときは、認可登記を経て、法人の資格を取得する。
58条：以下に列記する民事行為は無効である。（１）民事行為無能力者が実施したもの、（２）民事行為制限能力者が法に依り独立して実施することができないもの、（３）一方が詐欺・脅迫の手段を以て或いは他人の危険に乗じて、相手方に真実の意思に背かせる情況の下でなされたもの、（４）悪意で結託して、国家・集団或いは第三者の利益に損害を与えるもの、（５）法律或いは社会の公共利益に違反するもの、（６）経済契約が国家の指令性の計画に違反するもの、合法的形式を以て不法な目的を覆い隠したもの。無効な民事行為は、行為の開始のときから法律的拘束力を有しない。
61条：民事行為が無効となることを確認され或いは取消された後は、当事者が当該行為に因り取得した財産は、損失を受けた一方に返還するべきである。故意或いは過失の有る一方は相手方にこれに因り受けた損失を賠償するべきであり、双方いずれも故意或いは過失があるときは、各自が相応の責任を引受けるべきである。双方が悪意で結託して、民事行為を実施し国家、集団或いは第三者の利益に損害を与えたときは、双方が取得した財産を追徴して、国家、集団所有に回収し或いは第三者に返還するべきである。
66条：代理権が無く、代理権を超え或いは代理権が終了した後の行為は、被代理人の追認を経たもののみが、被代理人が初めて民事責任を引受ける。追認を経ていない行為は、行為者が民事責任を引受ける、他人が本人の

[95] 主要参考条文の翻訳は、宮坂宏『現代中国法令集〔増補改訂〕』（専修大学出版局、1997年）によるが、後に改訂した条文、新設した条文に関しては筆者が訳した。

名義を以て民事行為を実施したことを知りながら本人を否認の表示を行わないときは、同意したものと見做す。

73条：国家の財産は全人民所有に属する。国家の財産は神聖で侵犯することはできず、如何なる組織或いは個人も不法占拠･略奪･不正配分･不正留置･破壊することを禁止される。

78条：財産は複数公民・法人の共有とすることができる。共有は按分共有と共同共有とに分かつ。按分共有者は各自の持分に照らして共有財産に対する権利を分有し、義務を分担する。共同共有者は共有財産に対する権利を享有し、義務を負担する。

80条：国家所有の土地は､法に依り全人民所有制の単位が使用することができ、または法に依り集団所有制の単位の使用に確定することもでき、国家はその使用・収益の権利を保護する。使用単位は管理、保護、合理的利用の義務を有する。法に依り集団所有或いは国家所有で集団の使用する土地に対する公民、集団の請負経営権は、法律の保護を受ける、請負双方の権利と義務は、法律に従い請負契約で規定する。土地は売買、賃貸、抵当或いはその他の形式を以て不法に譲渡することはできない。

85条：契約は当事者の間の民事関係を設立、変更、終了する合意である。法に依り成立した契約は、法律の保護を受ける。

88条：契約の当事者は契約の約定に照らして、自己の義務を全部履行するべきである。契約の中に品質・期限・地点或いは代価に関する約定が不明確で、契約の関係する条項に照らして内容を確定できないもので、当事者が又協議しても合意に達することができないときは、以下に列記する規定を適応する。（１）品質の要求が不明確なときは、国家の品質基準に照らして履行し、国家の品質基準がないものは、通常の基準に照らして履行する。（２）履行期限が不明確なときは、債務者が随時に債権者に対して義務を履行することができ、債権者もまた随時に債務者に義務の履行を要求することができるが、但し相手方に必要な準備時間を与えるべきである。（３）履行地点が不明確なときは､貨幣を給付するものは、給付を受ける一方の所在地で履行し、その他の目的物は義務を履行する一方の所在地で履行する。（４）対価の約定が不明確なときは、国家が規定する価格に照らして履行する。国家が規定する価格のないものは、市場価格或いは同類の物品の価格或いは同類の労務の報酬基準を参照して履行する。

93条：法定の或いは約定の義務がなく、他人の利益が損失を受けるのを避けるために管理或いは奉仕を行ったときは、受益者にそれにより支出した必要な費用の支払いを要求する権利を有する。

98条：公民は生命健康権を享有する。

106条：公民、法人が契約に違反し或いはその他の義務を履行しなかったときは、民事責任を引受けるべきである。公民、法人が故意或いは過失に依って国家、集団の財産を侵害したとき、他人の財産、人身を侵害したときは、民事責任を引受けるべきである。故意或いは過失はないが、但し法律に民事責任を引受けるべきであると規定しているときは、民事責任を引受けるべきである。

117条：国家・集団の財産あるいは他人の財産を不法占拠したときは、財産の返還するべきであり、財産を返還できないときは、時価に換算して賠償するべきである。

119条：公民の身体を侵害し傷害を負わせたときは、医療費、休業に因り減少した収入、身体障害者の生活補助費等の費用を賠償するべきである。死亡させたときは、併せて葬儀費、死者が生前扶養していた人の必要な生活費等の費用を支払うべきである。

122条：生産物の品質不合格に因り他人の財産･人身に損害を被らせたときは、生産物製造者・販売者は法に依り民事責任を引受ける。運送者・保管者がこれに対する責任を負うときは、生産物製造者・販売者は損失の賠償を要求する権利を有する。

132条：当事者に損害の発生に対していずれも故意或いは過失がないときは、実際の状況に基づいて、当事者が民事責任を分担する。

134条：民事責任の引受の方式は主要なものは以下のものがある：（１）侵害の停止、（２）妨害の排除、（３）危険の除去、（４）財産の返還、（５）原状の回復、（６）修理・再制作・交換、（７）損害の賠償、（８）違約金の支払い、（９）影響の除去・名誉の回復、（10）謝罪。以上の民事責任の引受の方式は、単独で適用することができ、また併合して適用することもできる。人民法院は民事事件の審理において、上記の規定を適用するほか、さらに、訓戒を与え、悔い改めの誓約書を書くことを命じ、または不法な活動に用いられた財物と不法所得を法院に帰属させることができ、かつ法律の規定に基づき過料または拘留を科することができる。

**婚姻法**

３条：請負・売買婚姻とその他の婚姻の自由に干渉する行為を禁止する。婚姻を口実に財物を取立てることを禁止する。重婚を禁止する。家庭構成員の間の虐待と遺棄を禁止する。

42条：離婚時、一方が生活困難であるときに、もう一方は適切な経済援助を与えるべきである。具体的には双方が協議するが､協議が成立しない場合、法院が判決する。

**経済契約法**

６条：経済契約は法に依り成立したときは、直ちに法律的拘束力を具え、当事者は契約に規定する義務を全面的に履行しなければならず、いずれか一方は欲しいままに契約を変更或いは解除することはできない。

32条：当事者の一方の故意或いは過失により、経済契約の履行の不能或いは完全な履行の不能をもたらしたときは、故意或いは過失の有る一方が違約責任を引受ける。双方の故意或いは過失に属するときは、実際の情況に基づき、双方がそれぞれ各自が負うべき違約責任を引き受ける。

**土地管理法**

13条：法律にもとづき登記した土地の所有権或いは使用権は法律の保護を受け、いかなる単位と個人も侵犯してはならない。

42条：掘削、陥没、圧損によって土地が破壊された場合は、土地を使用する単位、個人が国家の関係規定にもとづき回復しなければならない。土地回復の条件がない或いは回復が基準に符合しない場合、土地回復費を支払わなければならない。回復した土地は優先的に農業に使用する。

**民事訴訟法**

55条：訴訟目的物が同一種類であり、当事者の一方の人数が多く訴えを起こす時に人数がなお未確定のときは、人民法院は公告を出して、事件の情況と訴訟上の請求を説明し、権利者が一定の期間内に人民法院に対して登記するように通知することができる。

人民法院に対し登記した権利者は代表者を推薦で選び訴訟を行うことができる。推薦で選ぶ代表者を出さないときは、人民法院は登記に参加した権利者と相談し代表者を決めることができる。

代表者の訴訟行為はその代表する当事者に対して効力を生じるが、但し代表者が訴訟上の請求を変更・放棄し或いは相手方の当事者の訴訟上の請求を承認し、和解を行うには、代表される当事者の同意を経なければならない。

人民法院が下した判決・裁定は、登記に参加した権利者全員に対して効力を生じる。登記に参加していない権利者が訴訟時効期間内に訴訟を提起したときは、当該判決・裁定を適用する。

117条：国家・集団の財産あるいは他人の財産を不法占拠したときは、財産の返還するべきであり、財産を返還できないときは、時価に換算して賠償するべきである。

120条：人民法院の民事事件の審理は、国家の秘密・個人のプライバシーに係わり或いは法律が別に規定するものを除く外、公開で行うべきである。

離婚事件、商業秘密に係わる事件で、当事者が非公開の審理を申請したときは、非公開で審理することができる。

130条：被告が召喚状により召喚されて、正当な理由がなく拒み出廷しないとき、或いは法廷の許可を経ずに中途で退出したときは、訴えの取下げとして処理することができる。被告が反訴したときは、欠席のまま判決することができる。

140条：裁定は以下に列記する範囲に適用する。（１）受理しないとき。（２）管轄権に対して異議があるとき。（３）訴えの提起を却下するとき。（４）財産の保全と仮執行をするとき。（５）訴えの取下げを許諾或いは許諾しないとき。（６）訴訟を中止或いは終結するとき。（７）判決書の中の書き誤りを補正するとき。（８）執行を中止或いは終結するとき。（９）仲裁の裁決を執行しないとき。⑽公証機関が強制執行の効力を賦与した債権文書を執行しないとき。⑾裁定で解決を必要とするその他の事項。前項の（１）（２）（３）号の裁定に対して、上訴することができる。裁定書は裁判要員・書記員が署名し、人民法院の印鑑を捺印する。口頭で裁定するときは、記録に記載する。

153条：人民法院は上訴事件に対して、審理を経過し、以下に列記する状況に照らして、それぞれ処理する。（１）原判決が認定した事実が明白であり、法律の適用が正確なときは、上訴棄却の判決をし、原判決を維持する。（２）原判決の法律の適用に誤りのあるときは、法に依り判決を改める。（３）原判決の認定事実に誤りがある、或いは原判決の認定事実が不明白であり、証拠が不足なときは、原判決を破棄する裁定をし、原審人民法院に差戻し再審理させ、或いは事実を調べて明らかにした後判決を改める。（４）原判決が法定手続に違反し、事件の正確な判決に影響したおそれのあるときは、原判決を破棄する裁定をし、原審人民法院に差戻し再審理させる。当事者は再審理された事件の判決・裁定に対して、上訴することができる。

184条：人民法院が裁判監督手続に照らして再審する事件は、法律的効力を生じた判決・裁定が第一審法院の下したもののときは、第一審手続に照らして審理し、下された判決・裁定は、当事者が上訴することができる。法律的効力を生じた判決・裁定が第二審法院の下したもののときは、第二審手続に照らして審理し、下される判決・裁定は、法律的効力の生じる判決・裁定である。上級人民法院が裁判監督手続に照らして自ら再審をするときは、第二審手続に照らして審理し、下される判決・裁定は法律的効力を生じる判決・裁定である。人民法院の再審事件の審理は、別に合議廷を構成すべきである。

185条：最高人民検察院は各級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定

に対して、上級人民検察院は下級人民法院の既に法律的効力の生じた判決・裁定に対して、以下に列記する情況の一があることを発見したときは、裁判監督手続に照らして抗訴を提起するべきである。（1）原判決・裁定の認定した事実の主要な証拠が不足しているとき。（2）原判決・裁定の法律の適用に確かに誤りがあるとき。（3）人民法院が法廷手続に違反し、事件の正確な判決・裁定に影響した可能性のあるとき。（4）裁判要員に当該事件審理の時に汚職収賄し、私利に惑わされ不正行為をし、法を枉げた裁判行為があるとき。地方各級人民検察院は同級人民法院の既に法律的効力の生じた裁判・裁定に対して、前項に規定する情況の一があることを発見したときは、上級人民検察院に裁判監督手続に照らして抗訴を提起するように請求すべきである。

論　説

# 国籍の役割と国民の範囲―アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（5）

坂　東　雄　介

目　次

## 第８章　「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民―20世紀後半の展開

本章では、前章の継続として、20世紀後半におけるインディアン部族及び島嶼住民の法的地位を検討対象とするが、その前に、問題の構造が前章とは若干変化していることを指摘しておく。

前章で見たように、20世紀前半には、インディアン、島嶼住民の大半（プエルトリコ、グアム）に対して合衆国市民権を付与する立法が制定されたため、彼らは、既に外国人ではない。また、既にフィリピンも独立している。

このような状況下において、インディアンや島嶼住民は、合衆国市民の外部に位置付けられるという論理は機能しない。問題は、合衆国市民の内部に取り込まれたと位置づけた上で、通常の合衆国市民との差をどのように正当化するのか、という点に帰着する（なお、これは、後述するように、合衆国市民の中に階層を認める発想にもつながる）。

このとき、注目すべきは、インディアンや島嶼住民は、合衆国に取り込まれる以前は独立した政治体であって主権を有していた（あるいは現在も主権の一部を有している）、という発想である。インディアンや島嶼住民は、主権を根拠に挙げ、自治権の範囲拡大や特別な扱いを求めている。

本章では、《連邦議会が有する絶対的権限と主権が対抗関係にある》という構図で問題を捉えた上で、「異質な他者」を排斥するために形成された絶対的権限の法理が、変容を遂げながら、現代でも維持されていることを示す。

後に述べるように、偏見に基づいて合衆国憲法上の権利を否定する論理は、それほど支持を集めなくなっている。ただし、異人種の排除という思考は消滅しておらず、先住民族や島嶼住民は、合衆国市民の周辺として存在し続けている。

### １．インディアン部族

以下では、インディアン部族に関する問題を、二つの領域に区分して記述する。一つは、部族が有する権限はどこまで拡大可能なのかという問題であり、もう一つは、通常の合衆国市民との差異をどこまで許容で

きるのか、という問題である。

部族権限の問題と差異の問題の区別は、思考の便宜のために設定した区分であって、両者は表裏一体である。なぜならば、インディアン部族が有する権限を拡大することは、部族が、他の合衆国市民とは異なる処遇を受けることを認めることになるからである。

部族権限の問題と差異の承認の問題について検討した後に、ハワイ先住民族が抱える問題について扱う。

### 1．1．立法の展開

以下では、インディアンに対する政策の基本的理念の変遷について述べる。以下で指摘するように、1950年代には管理終結政策が展開されていたが、1960年代には自己決定の実現、それ以降は対等な関係の構築の形成が政策目的と設定されている。

#### 1．1．1．管理終結政策の継続

1950年代は、前章で述べたように、連邦によるインディアンに対する管理を「終結（termination）[1]」させる「管理終結政策」を継続していた。その一つとして、政策の方針を掲げた合同決議108号である。合同決議108号は次のように宣言する。

> 「可能な限り速やかに、合衆国の領域内のインディアンを、他の合衆国市民と同じく、法律に服させ、特権及び責任を享受させること、合衆国による被保護者としてのインディアンの地位を終了させること、インディアンに対して、アメリカ市民権に付属するすべての権利及び特権を与えることが連邦議会の政策である[2]」。

決議108号は、インディアンが「連邦による管理や監督から解放される」こと宣言する。これは、同時に、「インディアンに対して特別に適用さ

---

[1] Bruce Elliott Johansen.ed, *The Encyclopedia of Native American Legal Tradition* 320-323 (1998) を参照。

[2] House Concurrent Resolution 108 of August 1, 1953, 67 Stat.B132.

れる制約から解放される」ことを意味する[3]。このような管理終結は個別のインディアン部族ごとに行われたが、連邦による管理が終結されたインディアンの一例として、ミノミニー族を挙げることができる[4]。

では、連邦による管理が終結することはインディアン部族に対して、どのような影響を与えたのか。何を意味するのか。

第一に、連邦による管理が終結することが、小規模部族に対して与えた大きな影響は、土地所有の変化である。連邦による特別な規律が及ばないことによって、土地の売却に歯止めがかからない事態が生じた[5]。これは、インディアンの主権にとって、深刻な被害を与えた。なぜならば、「土地基盤の喪失は、ほとんどの場合、部族が、行使しうる管轄の地理的範囲を失ったことを意味する[6]」からである。連邦による管理が終結してもインディアンの部族主権が終了したわけではなかったが、連邦による管理が終結したインディアン部族は、土地の喪失によって、部族法の制定や、部族裁判所による管轄を及ぼすことができなくなった[7]。

第二に、管理終結政策は、連邦によるインディアン部族支配を終了させたが、インディアン部族は、連邦による管理、支配の代わりに、新たな管理者、支配者に服することになった。それは、州である。連邦による管理の終結は、州権限が、インディアンに及ぶことを意味した。

以前は、州の課税権が、インディアン部族、保留地に及ばないことが多かったが、連邦政策の一つであった課税免除も、管理終結政策によって廃止された[8]。また、前章において、管理終結政策として例示した、インディアン保留地上で生じた刑事、民事に関する事件に対して州管轄権を認める法律[9]は、このような文脈で理解できる。

---

[3] *Id.*

[4] Act of June 17, 1954, ch.303, 68 Stat.250.

[5] Charles F.Wilkinson & Eric R.Biggs, *The Evolution of the Termination Policy, reprinted in* John R.Wunder ed., *Constitutionalism and Native Americans, 1903-1968* at 197, 210 (1996).

[6] *Id.* at 211.

[7] *Id.* at 212.

[8] *Id.* at 211.

[9] Act of August 15, 1953, ch.505, 67 Stat.588.

ほかにも、インディアンの子どもたちを州立学校に通わせる政策を展開したことも挙げることができる[10]。このように、当時の政治部門は、インディアンを同化させる政策を強力に展開していた[11]。

### 1．1．2．「自己決定」重視への転換

このような、同化主義的な管理終結政策が転換を迎える端緒は、1958年のSeaton内務長官の発言である。Seaton内務長官は、基本的には管理終結政策を支持しつつも、「インディアン部族による教育水準が、背負う責任と等しい水準にまで達しない限り、インディアン部族を、アメリカ的生活の流れに送り込むことは、私にとって、信じがたく、犯罪的である[12]」と批判した。Seaton内務長官は、管理終結政策の遂行には、インディアンによる十分な同意に基づく必要があると指摘した。

このような発言を代表例として、1960年代には、政治部門には、管理終結政策を支持する者が少なくなってきた[13]。背景には、「石油と木材こそがいくつかの管理終結計画にある真の動機[14]」であるという批判や、「異常に高い乳児死亡率と失業率の継続、標準以下にある住宅事情と医療[15]」の存在がある。

このような政策の転換のほかに、1960年代に展開した先住民族による運動にも注目に値するものがある。その代表例は、1961年にシカゴ大学にて開催された、シカゴ会議である。このシカゴ会議には、全米90部族から、約460人が集まった。それだけではなく、政府官僚や学者も会議

---

10 Wilkinson & Biggs, *supra* at 217-218.

11 Annals of the American Academy of Political and Social Science 311 (May 1957):47-50, 55., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 238-239 (2nd.ed., 1990).

12 Congressional Record, 105;3105, *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 241 (2nd.ed., 1990).

13 W.T. ヘーガン（著）/ 西村＝野田＝島川（訳）『アメリカ・インディアン史〔第３版〕』（北海道大学図書刊行会・1998年）217頁、Wilkinson & Biggs, *supra* at 221.

14 ヘーガン・前掲215頁。

15 同・218頁。

に参加し、John F.Kennedy 新政権に向けた包括的な先住民政策に関する提言を検討した。これまで、部族、都市、保留地などの違いによって対話の機会を持たなかった全国の先住民族が一つに集まって共通の問題を検討したことは、大きな歴史的意義を有していた[16]。

このシカゴ会議で作成された「インディアンの目的宣言」は、冒頭で、全ての人が精神的、文化的な価値を保持し続ける権利と、インディアンの自己決定を宣言する[17]。その上で、様々な政策上の提言を述べる。提言の中には、合同決議108号以来の、いわゆる連邦管理終結政策を廃止することや、部族による保留地に対する監督権限を拡大することも含まれる[18]。

しかし、このような政策提言が求めていることは、「慈善でも、パターナリズムでも、ましてや善意でもない。我々は、我々の置かれた状況の性質が認識され、政策と行動の基本に据えてほしいだけである。つまり、インディアンは、かつて、自ら土着の土地の元来の保有者として享受していた補正を、現代のアメリカにおいて取り戻すために、必要な期間—かなり長引くとしても—技術的、金銭的援助を求める[19]」もの、とある。

このような宣言には、連邦による支援は受けつつも、インディアンによる自治を実現する姿勢が看取される。

このような状況の中で、連邦による対インディアン政策は、「自己決定（self-determination）」重視へと、転換を迎える。

この転換は、1968年３月６日の Lyndon B.Johnson 大統領による「忘れられたアメリカ人」演説にも現れている。この演説において、Johnson 大統領は、「インディアン政策の『管理終結』に関するかつての議論を終了させ、自己決定を強調する目的；かつてのパターナリズム的な態度を中止し、パートナーシップ的な自助（self-help）を促進する

---

16 内田綾子『アメリカ先住民の現代史—歴史的記憶と文化的継承—』（名古屋大学出版会・2008年）57頁。

17 Declaration of Indian Purpose (Chicago:American Indian Chicago Conference, University of Chicago, 1961), pp.5-6, 19-20., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 244 (2nd.ed., 1990).

18 *Id.* at 245.

19 *Id.* at 246.

目的[20]」を新たなインディアン政策の目的に据えた。そして、「最初のアメリカ人が、アメリカ人としての権利を行使しつつも、インディアンであり続ける権利[21]」を承認した。

提唱する政策が遂行されることによって、「インディアンと連邦政府との関係が、依存ではなく、完全なパートナーシップの一つになる日が来るだろう[22]」とJohnson大統領自身が述べているように、パターナリズム的性格が強い「依存」からの脱却が政策遂行の指針となった。

この政策方針の転換は、1968年4月11日に制定された市民的権利法[23]（第2章以下でインディアンの市民的権利の保護も規定していることから、通称「インディアン市民的権利法（Indian Civil Rights Act of 1968)」とも呼ばれている）にも現れている。

この法律において、注目すべきは、以下の二点である。

第一に、この法律は、インディアンの市民的権利を保障し、部族政府が行使する自己統治権限に限界を設定した。202条では、宗教の自由や、言論、プレスの自由のほかに、不合理な捜査、押収に対する防御、二重の危険、自身の意思に反する証言の強制の禁止、過度の保釈金、残虐で異常な刑罰の禁止、デュープロセスの保障、私権剥奪法、事後法の禁止などを定めた[24]。

かつて、合衆国最高裁判所は、Talton v.Mayes[25]において、チェロキー族の自律性を理由に、大陪審、あるいはそれと同等の人々による起訴を定めた連邦法は、チェロキー族には適用されない、チェロキー部族司法権は第5修正の制約を受けないと判示した。そして、1959年には、Williams v.Lee[26]において、法廷意見は、連邦議会が州に対して明示的

---

[20] Public Papers of the Presidents of the United States: Lyndon B.Johnson, 1968-69, 1:336-337, 343-44., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 248 (2nd.ed., 1990).

[21] *Id.* at 249.

[22] *Id.*

[23] Act of April 11, 1968, Public Law No.90-284, 82 Stat.73.

[24] *Id.* §202, 82 Stat.73, 77-78.

[25] 163 U.S.376, 381-382 (1896).

[26] 358 U.S.217 (1959).

な授権をしない限り、州は、保留地内で生じたインディアンと非インディアン間の民事訴訟について管轄権を有さないと判示した。

Talton 判決、Williams 判決に従うならば、連邦法であり、州に対して適用される市民的権利に関する法律[27]は、保留地のインディアンは適用されないことになる。また、保留地に居住するインディアンは、合衆国憲法上の権利保障を受けないことになる。

その結果、インディアンが、合衆国憲法が保障する基本的な権利が侵害される場合（例えば、部族がデュープロセスによらずに過重な税を課すことなど）が生じたとしても対処できない。このような立法者の認識がインディアン市民的権利法の制定の動機となった[28]。これにより、インディアンであっても、通常の合衆国市民と同様の権利保障が実現した。

第二に、インディアン市民的権利法は、管理終結政策の一環として1953年に制定された、インディアン保留地上で生じた刑事、民事に関する事件に対する州の管轄権を認める法律[29]を改正し、州の管轄権が及ぶ前に、「そのインディアン領土を占有しているインディアン部族の同意[30]」を必要とした。この規定によって、州の管轄権が及ぶことによって、部族法が一方的に変更される事態が解消され、部族主権の維持が実現した[31]。

権利章典の適用によって、部族自治は侵害されるかもしれない。他方で、保留地インディアンの経済的、社会的発展には、強力な部族制度の維持と結びついている。インディアン市民的権利法に際し、連邦議会は、「個人の自由」と「部族主権の尊重」という二つの利益のバランス調整を実現しようとした[32]。

---

27 Civil Rights Act of 1964, Pub.L.No.88-352, 78 Stat.241 (1964).

28 Arthur Lazarus, Jr., *Title II of the 1968 Civil Rights Act:an Indian Bill of Rights, reprinted in* John R.Wunder ed., *The Indian Bill of Rights, 1968* at 95, 99, 106 (1996);Senate Report No.721, *in* United States Code Congress and Administrative News 90th Congress-Second Session 1968 vol.2, at 1864.

29 Act of August 15, 1953, ch.505, 67 Stat.588.

30 Act of April 11, 1968, Pub.L. No.90-284, §§401 (a), 402 (b), 82 Stat.73.78, 79.

31 Lazarus, *supra* at 105.

32 *Id.* at 106.

### １．１．３．自治権の回復―1970年代以降の展開

⑴1970年代以降は、白人と黒人の統合を目指すのではなく、黒人の独自性、白人との差異を強調するブラック・パワー運動[33]―これは、SNCCが1966年に作成した意見書の中で提唱したものである―をきっかけとして、エスニシティ意識が社会の中で高揚していた時期であった。エスニシティ意識に目覚めたインディアンたちの運動を、一般に、レッド・パワー運動と呼ぶ。このような運動の代表的事例として、インディアンによるアルカトラズ島の占拠[34]や1972年に実施された「破られた条約の旅」と呼ばれる行進[35]などを挙げることができる。

---

[33]「ブラックパワー――SNCC意見書（1966年）」大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）236-237頁［有賀夏紀訳］、メアリー・ベス・ノートンほか（著）/ 本田創造（監修）上杉忍＝大辻千恵子＝中條献＝中村雅子（訳）『アメリカの歴史　第６巻　冷戦体制から21世紀へ』（三省堂・1996年）124-125頁。なお、ブラック・パワー運動の詳細については、川島正樹『アメリカ市民権運動の歴史：連鎖する地域闘争と合衆国社会』（名古屋大学出版・2008年）。

[34] 1969年11月から１年半以上も、サンフランシスコ湾のアルカトラズ島が、少数のインディアンによって占領される事件が生じた。アルカトラズ島を占拠したインディアンたちは、合衆国政府に対して、白人がアメリカ大陸に移住してきた頃に「白人がアルカトラズ島に類似する島を購入した際の前例」によりながら、「アルカトラズ島を24ドルに相当するガラスのビーズと赤い布地をもって購入する」趣旨の条約を提議した。このような島の領有権の主張は、「たぶんに象徴的意味を持った行動であった」（「自立を求めて立ち上がった先住民―「アメリカン・インディアン・ムーブメント」（AIM）の結成と展開」古矢旬（編）『史料で読む アメリカ文化史５ アメリカ的価値観の変容 1960年代-20世紀末』（東京大学出版会・2006年）123頁［鈴木健次訳 / 解説］）。

　これに対し、アメリカ社会は、インディアンたちの行動に対して同情的な反応を示し、政治家や映画スター、ロックバンドを始めとして、多くのアメリカ人が日用品や資金の援助を送った（内田綾子『アメリカ先住民の現代史―歴史的記憶と文化的継承―』（名古屋大学出版会・2008年）85頁、「インディアンの権利の主張（1969年）」大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）242-243頁［猿谷要訳］）。

[35] これは、千人以上の先住民たちがキャラバンを組み、シアトルからサンフランシスコ、ロサンゼルス、ウィニペグ、オタワを経由して首都ワシントンへ

このようなインディアンの運動の高まりは、白人社会が押し付ける文化的脅威に対するエスニシティ意識が一つの要因であるが、改善されないインディアンの失業率、５割を超える高校中退率、アルコール中毒や結核、自殺など、貧困から生じる問題に対する改善も、運動の背景であった[36]。

このようなレッド・パワー運動を背景として、政治部門も、Johnson大統領と同様に、インディアンの自治強化、立場の改善を政治課題として遂行していく。

⑵1969年に大統領に就任したRichard M.Nixonは、1970年７月８日に、次のような演説を行っている。

> 「強制的管理終結政策は、私の判断では、多くの理由から、誤りである。第一に、その政策が依拠する前提が誤っている。管理終結政策は、連邦政府は劣った人々に対する寛大さを示す行為として、インディアン共同体に対する信託責任を負い、連邦政府が適切と判断したときにはいつでも一方的な根拠に基づいてその信託責任を中止できるという前提に立っている。しかし、インディアン部族の特徴的な地位は、このような前提に立脚していない。インディアンと連邦政府の特別な関係は、合衆国政府が参加する厳粛な義務に代わる結果である。この数年ずっと、文書化された条約、公式、非公式の合意を通じて、我々の政府は、インディアンの人々に対する特別な合意を形成してきた。ほとんどの場合、インディアンたちは、広大な土地に対する主張を放棄し、政府保留地内での生活を受け入れている。代わりに、政府は、健康、教育、攻守安全のような共同体サービスを提供することに合意している。このようなサービスに

---

行進した運動である。最終目的地のワシントンでは、連邦政府が先住民との条約義務を遵守し、先住民との信託関係を再確認することを要求する予定であった。しかし、インディアン局が先住民たちとの交渉を拒否した結果、一部の若者たちが、ワシントンのインディアン局本部を占拠する事件が生じた。最終的にインディアン側の要求は受け入れられなかったが、メディアの注目を集め、インディアンの主張を世論に訴える点については成功した（内田･前掲90頁）。

36　ノートン前掲・183-184頁。

よって、インディアン共同体は、他のアメリカ人たちと同等の生活水準を享受できる。

もちろん、この目的は達成されていない。しかし、このような合意から生じるインディアン部族と連邦政府の特別な関係は、道徳的にも、法的にも、大きな影響力を持ち続けている。このような関係を終了させることは、他のアメリカ人が有する合衆国市民としての権利を終了させることに匹敵するほどに、不適切である。

強制的管理終結政策を拒否する第二の理由は、管理終結政策の持つ実際上の結果が、管理終結政策が実施された少ない例の中でも、明らかに有害だからである。連邦の信託責任を放棄することは、影響を受けるインディアンの中でも相当な混乱を生み出している。そして、インディアンたちは、連邦、州、地方の無数の援助と、無関係のまま放置されている。彼らの経済的、社会的条件は、管理終結政策が実施される前よりも悪化している。

私が強制的管理終結政策に反対する第三の根拠は、管理終結政策が、連邦政府との特別な関係を享受している圧倒的多数の部族に対して与える影響である。この関係がいつの日か終了するかもしれないという脅威は、インディアン集団の中でも、非常に大きな危惧となっている。そして、この危惧は、部族の発展を挫折させる影響を有している。社会的、経済的、政治的自律性をもたらした措置は、多くのインディアンにとって、疑いの目で見られてしまう。彼らは、そのような措置が、連邦政府が自らの責任を放棄し、インディアンたちとの結びつきを絶つ日へと近づけることになると恐れている[37]」。

さらに、Nixon大統領は、森林保護区として1906年に指定されたタオス・プエブロ族の土地を返還することを目的とした法律[38]が、1970年に

---

[37] Public Papers of the Presidents of the United States: Richard Nixon, 1970, pp.564-67, 575-76., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 257 (2nd.ed., 1990).

[38] Act of December 15, 1970, Pub.L.No.91-550, 84 Stat.1437.

超党派の合意によって成立した際、インディアンに対し、管理終結政策ではなく、自己決定を重視し、パターナリズムではなく、相互に協同することが必要であると述べている[39]。

このように、インディアン政策について、Nixon大統領は、Johnson大統領の立場を更に発展させ、インディアンの自治を強化する立場に立脚していた。

このような政治指導者を迎えた1970年代にインディアンの法的地位は、大きく改善される。

例えば、連邦管理終結の対象となったミノミニー族[40]を、再びインディアンとしての地位に回復する法律[41]を始め、様々な部族が、インディアンとしての地位を回復した[42]。その中の一つのであるシレッツ族のインディアンとしての地位を回復する法律[43]の立法資料を見ると、連邦による管理が終結したことによって、税金を払うための土地売却が進行していること、失業率が40パーセント超えていること、一世帯あたりの収入が低いことなどの問題を指摘し、インディアンとしての地位を回復することによって改善する必要があると指摘している[44]。このような指摘からも、連邦管理終結政策の見直しが政策課題となっていたことが明らかである（それ以外の立法の展開については注を参照[45]）。

---

39 Public Papers of the Presidents of the United States: Richard Nixon, 1970, pp.1131-1132., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 259-260 (2nd.ed., 1990).

40 Act of June 17, 1954, ch.303, 68 Stat.250.

41 Menominee Restoration Act, Pub.L.No.93-197, 87 Stat.770 (1973).

42 例えば、Act of May 15, 1978, Pub.L.No.95-281, 92 Stat.246など。

43 Siletz Indian Tribe Restoration Act, Pub.L.No.95-195, 91 Stat.1415 (1977).

44 House Report No.95-623, *in* United States Code Congressional and Administrative News 95th Congress-First Session 1977 vol.3, at 3701-3702.

45 1975年には、インディアンの自己決定及び教育補助に関する法律（Indian Self-Determination and Education Assistance Act, Pub.L.No.93-638, 88 Stat.2203 (1975)）が成立する。この法律は、いくつかの内容を持つ法律であるが、本法律が意図する政策目的の一つとして、「教育サービス、機会の質と量を提供し、インディアンの子どもたちが、彼らが選択する人生の中で、競争し、勝つ、そして、彼らの社会的、経済的幸福に取って重要な自己決定を達成する」（*Id.* §3

⑶1981年に大統領に就任したRonald Reaganは、インディアンと合衆国政府の関係を「政府間関係（government-to-government）[46]」と把握した上で､インディアン部族の自己統治を実現することを政策課題とした。

Reagan大統領によれば、自身が提唱する自己統治は、部族の「連邦資金への依存[47]」を減らすことである。必要な連邦の援助は継続するが、部族の自己統治のためには、保留地経済の発展が必要である。「経済発展は、職を提供し、自給自足を促進し、サービスを提供するために必要な歳入確保を実現する[48]」。

このような認識の下、1980年代に、インディアンに関する連邦の予算を削減する一方で､保留地の経済開発のための法律が次々と制定された。例えば、インディアン部族による鉱山資源の開発を促進する法律[49]、土

---

(c), 88 Stat.2203, 2204 (1975)）ことを掲げている。この目的を達成するために、この法律は、例えば、州がインディアン保留地上、または保留地近郊に、インディアンのための学校施設を建設、取得する際の連邦による金銭的援助を定めるなど、インディアンの教育機会を拡大するための援助を定めた（*Id*. §204, 88 Stat.2203, 2214-2216 (1975)）。ただし、連邦による資金援助の前提となるインディアンの子どもたちに対する教育計画は、内務省による承認を必要としていた（*Id*. §202, 88 Stat.2203, 2213 (1975)）。

ほかにも、1978年には、連邦議会が、「明確で、わかりやすく、一貫した連邦政策の欠如が、しばしば伝統的なアメリカ・インディアンの宗教の自由を侵害する結果を招いている」ことを正式に認め、インディアンの宗教の自由を「生来的権利」と承認した合同決議を挙げることができる（Joint Resolution of August 11, 1978, Pub.L.No.95-341, 92 Stat.469）。

このような立法の展開に対して、「過去において、ゴースト・ダンス、ペイオウティの使用、およびインディアンの様々な宗教的行事に対して連邦政府がとった敵対行為を考慮に入れれば、これは実に注目すべき方向転換である」（W.T.ヘーガン（著）/ 西村＝野田＝島川（訳）『アメリカ・インディアン史〔第３版〕』（北海道大学図書刊行会・1998年）244頁）と評価されている。

[46] Public Papers of the Presidents of the United States: Ronald Reagan, 1983, 1:96-98., *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 301 (2nd.ed., 1990).

[47] *Id*. at 302.

[48] *Id*.

[49] Indian Mineral Development Act of 1982, Pub.L.No.97-382, 96 Stat.1938 (1982).

地が分散しているため十分な経済開発が行われない事態を解消するために[50]、土地の購入、売却、交換によって、土地の整理統合を認める法律[51]、インディアン部族に対して、連邦所得税の控除など、税の免除を認める法律[52]などが制定される。また、経済的利益を獲得するためにインディアン部族がカジノを運営する際の法整備[53]も行われた[54]。

⑷今まで、インディアンとして生活していたにも関わらず、連邦政府からインディアン部族と承認されないまま生活していた人々が存在していた。しかし、1970年代以降は、新たにインディアン部族として連邦政府による承認を獲得し、部族としての自治が回復する事例が登場した。

その一例が、コネティカット州にあるピークォット族である。1982年に、連邦議会が彼らをインディアン部族として承認した結果、「補助金交付の有資格者となり、住宅を入手し、事業を起こすことができた[55]」。以前は、約50名だった部族が急速に拡大し、約200名に達するようになった[56]。この団体は、1970年に設立された。ほかにも、1983年には、ロードアイランド州のナラガンセット族も新たにインディアン部族として承認されている[57]。

---

50 House Report No.97-908, *in* United States Code Congressional and Administrative News 97th Congress-Second Session 1982 vol.4, at 4419.

51 Indian Land Consolidation Act, Pub.L.No.97-459, 96 Stat.2517-2519.

52 Indian Tribal Government Tax Status Act of 1982, Pub.L.No.97-473, 96 Stat.2607-2611 (1983).

53 Indian Gaming Regulatory Act, Pub.L.No.100-497, 102 Stat.2467 (1988).

54 なお、連邦税の免除を認めた法律では、法案を作成した委員会が、重要な改正理由ではないと留保を付しつつも、「インディアン部族政府は、本質的に州政府と同じように扱われるべきである」（Senate Report No.97-646, *in* United States Code Congressioal and Administrative News 97th Congress-Second Session 1982 vol.4, at 4589）と認識していた点を付言しておく。

55 ヘーガン・前掲224頁。

56 なお、ピークォット族が承認を求める闘争の中で、連邦政府からの資金を受けているNARF (Native American Rights Fund) が支援に回ったことも付言しておく。

57 Federal Register, 48:6177-78 (February 10, 1983), *in* Francis Paul Prucha ed., *Documents of United States Indian Policy* 302-304 (2nd.ed., 1990).

### 1．2．判例の展開― Warren Court から Burger Court へ

以下では、インディアンに対する判例の展開を Warren Court 期と Burger Court 期に分けて検討する。両者を区分する理由は、集団に関する取り扱いに関する判例の傾向について、両者に溝があるからである。判例の変化は、政治部門の態度の変化とおおよそ一致している。

#### 1．2．1．Warren Court ―連邦政策の追認

前述のように、20世紀前半まで、合衆国最高裁判所は、インディアンに関する政策を形成する連邦議会の権限を絶対的なものと位置付けていた。しかし、判例の思考は、合衆国憲法による制約に一切服さない、というわけではなかった。Warren Court におけるインディアンの判決も、この流れの延長線上にある。

例えば、上記で言及した Williams 判決では、「インディアンに対する連邦政府の権限」を、①合衆国憲法第１編第８節３項と②「従属した人々に対して統一した保護を与える必要性[58]」から導いている。

法廷意見が、United States v.Kagama[59]を先例として引用しながら、インディアンを「従属した人々（dependent people）[60]」と位置づけていることから明らかなように、法廷意見は、従前の判例と同じく、インディアンに対して、パターナリスティックな立場に立脚している。

Warren Court に展開された、インディアンに関する重要な判決として、Tee-Hit-Ton Indians v. United States[61]を挙げることができる。

この事件は、ティーヒトン族が、合衆国がティーヒトン族に属する土地から木材を収用したとして、第５修正に基づく補償を求めて訴えた事件である。ティーヒトン族は、トリンギット族の同胞であって、人口が60 ～ 70人の小規模部族である。

ティーヒトン族は、「太古の昔から占用し、使用してきた[62]」「土地に

---

58 *Williams*, 358 U.S.217, 220 (1959).

59 118 U.S.375 (1886).

60 *Williams*, 358 U.S.at 220.

61 Tee-Hit-Ton Indians v. United States, 348 U.S.272 (1955).

62 *Id.* at 277.

関する『完全に正当な所有』[63]」、言い換えれば、「制約のない占有、占用、使用に関する『承認された（recognized）』権利[64]」を求めている。なぜならば、土地の所有、承認された占有が認められれば、補償が必要だからである。

では、争点となっている土地に関して、連邦議会による土地所有の「承認（recognition）」、又は、ティーヒトン族の土地所有に関する「権原（title）」は認められるのか。結論から述べると、法廷意見は、承認も権原も認めず、補償の必要性を否定した。

まず、法廷意見は、連邦議会による「承認」はないと指摘する。法廷意見は、二つの法律に着目する。一つは、「上記の地域（アラスカのこと—引用者注）インディアン、他の人々は、彼らが実際に使用又は占用している、あるいは彼らがそのように主張している土地の占有を阻害されない。しかし、そのような人々が土地に対する権原を取得している期間は、連邦議会による将来の立法に留保される[65]」と定めた1884年法である。もう一つは、「地域内で学校や教会を運営しているインディアン又は人々は、現在実際に彼らが使用、占有している土地の占有について阻害されない[66]」と規定した1900年法である。

法廷意見は、この二つの法律を制定した連邦議会の意図は、「将来、連邦議会、又は裁判所の判断が下されるまで、現状を維持すること[67]」にあっただけだと指摘する。「永久的な占用というインディアンの権利を連邦議会が承認するための特別な枠組みはない[68]」。現在のところ、連邦議会は、土地や木材に関する所有権を承認も否定もしていない。1947年の合同決議[69]は、それを示している。法廷意見は、「承認」に関し、

---

63 *Id.*

64 *Id.*

65 Act of May 17, 1884, ch.53, § 8, 23 Stat.24, 26.

66 Act of June 6, 1900, ch.786, § 27, 31 Stat.321, 330.

67 *Tee-Hit-Ton Indians*, 348 U.S.at 278.

68 *Id.*

69 Joint Resolution of August 8, 1947, ch.516, § 3 (b), 61 Stat.920, 921. これは、農務省に対し、インディアンによる占有権が存在し、占有権に基づく主張がされていた場合であってもトンガス国有林の木材を売却することができる旨を定

このような推論を展開した。

次いで、法廷意見は、「権原」について、次のように判示する。

> 「合衆国のあらゆる州において、州の土地に居住している部族は、本来のインディアン権原、又は白人から得た占用許可と称される条件下の、白人が移住した後の土地所有の主張を展開している。この描写は、単なる占有は、連邦議会が特別に与えた土地所有の承認ではないことを意味している。征服後、インディアンは、以前に彼らが…『主権』を行使していた領土の一部を占用する許可を得る。これは、財産権―主権国家が正当性を認め、第三者による侵害から保護する―ではなく、占用の権利（right of occupancy）―インディアンに対する法的に強制された補償義務なしに、主権国家によって終了させられ、その土地は処分される可能性もある―である[70]」。

このような推論を展開したTee-Hit-Ton判決に対して、以下のような批判が向けられている。

第一に、インディアンの土地所有の法的性質の理解に対する批判である。かつて、合衆国最高裁判所は、Worcester v.Georgia[71]において、「インディアン国家は、特徴ある、独立した政治的共同体であって、太古の昔から、土地を議論の余地がなく所有していた人々ゆえに、元来の自然的権利を保有し続けていると常に位置づけられている[72]」と判示した。

しかし、Tee-Hit-Ton判決の用いた法理論は、「連邦議会は、インディアン部族に対して、先住民の権原を与える権限を有している[73]」という発想である。これは、「生来的な権原[74]」という概念に代わる新しい理論である。

---

めた法律である。

70 *Tee-Hit-Ton Indians*, 348 U.S.at 279.

71 31 U.S.515 (1832).

72 *Id.* at 559.

73 J.Youngblood Henderson, *Unraveling the Riddle of Aboriginal Title*, 5 American Indian Law Review 75, 112 (1977).

74 *Id.* at 113.

第二に、法廷意見が依拠した征服理論に対する批判である。合衆国とアラスカ先住民族との交戦が存在していなかったにも関わらず、なぜ征服理論が展開できるのか[75]。通常、「征服（conquest）」は、「武力による一種の物理的な占有[76]」を指す。したがって、「全てのインディアンの土地が征服されたものであるという結論は、先例にもなく、非論理的である[77]」。もし、裁判官が、1947年の合同決議[78]を征服後に続く戦争の宣言と機能的に等しいと捉えているならば、それは合同決議の文言や、征服に関する国際法からも正当化できない[79]。結局、この判示も、征服という問題の多い概念に依拠していることを示しているに過ぎない。

このように、Warren Court 期には、判例も、管理終結政策を展開した政治部門と歩調を合わせていた。このような態度の変遷が見られるのは、Burger Court であった。

### １．２．２．Burger Court 期の展開—差異の正当化

以下では、インディアンに関する Burger Court の判例を検討する。その前に、Burger Court の一般的な特徴を指摘しておく必要がある。Burger Court 期の判例の一般的特徴を一言で言い表すならば、人種意識的態度であった。

⑴ Warren Court は、合衆国市民権を基礎に、合衆国市民間の平等を実現しようとした（詳細については第３部）が、その方法は、「人種盲目的（color-blindness）[80]」であった。肌の色に目をつぶるからこそ、Brown v. Board of Educational of Topeka[81]に代表されるように、黒人

[75] *Id.* at 115.

[76] Nell Jessup Newton, *At the Whim of the Sovereign:Aboriginal Title Reconsidered*, 31 Hastings Law Journal 1215, 1243 (1980).

[77] *Id.*

[78] Joint Resolution of August 8, 1947, ch.516,§3 (b), 61 Stat.920, 921. 合同決議には戦争の存在を想起させるような文言は含まれていない。

[79] Newton, *supra* at 1243.

[80] Thomas Alexande Aleinikoff, Semblance of Sovereignty 57 (2002)［以下 Aleinikoff (2002) と略記］.

[81] 347 U.S.483 (1954).

を白人と別扱いする法律を違憲と判断される。しかし、肌の色に目をつぶる「人種盲目的」な態度は、「人種中立的（color-neutral）と同一ではない。人種盲目的な態度を受け入れたために、黒人、移民、インディアンは、現在の主流に参加しなければならなかった。すなわち、彼らは、実際には、『白人化』する必要があった[82]」。

このような批判を受けて、Burger Court は、肌の色という差異に目をつぶった Warren Court とは対照的に、不利益を受けている少数者集団を優遇する「人種意識的（race-conscious）[83]」政策を支持した。

このような思考は、例えば、大学の入学について人種優先枠を設けることが第14修正の平等保護に反すると白人男性が訴えた Regents of the University of Califonia v.Bakke において、Blackmun 裁判官が「人種主義を乗り越えるためには、我々は、まず、人種を考慮に入れなければならない[84]」と述べたことに現れている。

ほかに、Swann v.Charlotte-Mecklenburg Board of Education[85]についても言及しておく。黒人と白人の居住地域が実際に離れている場合、法的に人種別学を否定したとしても、事実上は人種統合を実現できない。この判決において、法廷意見は、人種統合を実現するために、生徒を強制的にバス通学させる命令を発する権限を地方裁判所は有すると判示した[86]。これは、人種に着目して学生を割り当てる判断である[87]。

以上の判例の概観からわかるように、「人種意識的」な思考が Burger Court の特徴といえる[88]。

⑵ Warren Court との対比で言えば、Wisconsin v.Yoder[89]が興味深い。

---

[82] Alienikoff (2002), *supra* at 57.

[83] *Id*.

[84] Regents of the University of Califonia v.Bakke, 438 U.S.265, 407 (1978).

[85] 402 U.S.1 (1971).

[86] なお、この判決の法理は、Keyes v.School District No.1, 413 U.S.189 (1973) において再確認されている。

[87] Aleinikoff (2002), *supra* at 59.

[88] Abraham L.Davis & Barbara Luck Grabam, *The Supreme Court, Race and Civil Rights* 245-250 (1995)

[89] 406 U.S.205 (1972).

Burger 長官が執筆した法廷意見は、宗教を理由に州法に違反して子供を公立学校に通わせなかった親の行為を、第１修正を根拠に正当化した。

他方、Warren Court の代表例である Brown Ⅰ判決によれば、「今日、教育は、おそらく、最も重要な、州、そして地方政府の機能である。義務教育の法制化、教育に対する多額の予算の支出は、双方とも、我々の民主主義社会における教育の重要性の認識を示している。教育は、我々の最も基本的な公共責任―それが軍事服務であっても―の実施の際にも要求される。教育は、よき市民であるための真の基礎である[90]」。

これに対し、Yoder 判決では、「アーミッシュの共同体は、たとえ典型的な『主流』から外れていたとしても、我々の社会における高度に発達した社会的単一体である[91]」と、合衆国の主流から離れた集団における生活の尊重を強調し、就学義務の解除を容認した。

学校教育をめぐる二つの判決の相違は、黒人とアーミッシュの主張の相違である。人種別学を解消する措置は、黒人をアメリカ社会へと統合することを長期的目標としている[92]。他方、アーミッシュは、アメリカ社会における「永続的な周辺化を選択[93]」している。もちろん、事案が異なるため、一方の判決によって他方が覆された、というわけではないが、公立学校の教育をめぐる問題に関する考え方の方向性について、両判決は対照的である。

#### １．２．２．１．部族主権の強調による自律的領域の拡大

このような人種に着目する Burger Court の態度は、一般の合衆国市民とは異なる処遇を求めるインディアンに対する判例の態度にも反映される。以下では、二つの判決を例示する。

⑴ United States v.Wheeler[94]では、部族裁判所によって既に有罪判決を

---

[90] *Brown I* , 347 U.S.at 493.

[91] *Yoder*, 406 U.S.at 222.

[92] W. キムリッカ（著）/ 千葉眞 = 岡﨑晴輝（訳者代表）『現代政治理論〔新版〕』（日本経済評論社・2005年）519頁。

[93] 同・503頁。

[94] 435 U.S.313 (1978).

下されていたナヴァホ族構成員であるWheelerが、同一事件について、連邦法違反を理由に、連邦大陪審によって起訴された。本件では、本件起訴は、被告人を二重の危険にさらすことになるかどうかが争点となった。法廷意見は、部族主権について、次のような認識を示した。

> 「インディアン部族の権限は、一般に、決して失われていない限定的な主権という固有の権限である。…ヨーロッパ人がアメリカを訪れる前から、インディアン部族は、自己統治のための主権を有する政治的共同体であった。…他の主権的団体と同様に、インディアン部族は、自らの構成員を規律するための法律を制定し、その法律に違反した者を処罰する権限を有していた[95]」。

法廷意見は、上記の認識を示した上で、部族構成員に対して刑罰を科す権限は、ナヴァホ族が古来有していた主権的権限に属するのであって、連邦政府の授権による権限ではないと判示した[96]。

もっとも、Wheeler判決においても、絶対的権限の法理は放棄されたわけではない。法廷意見は、インディアン部族が限定的な主権を有することを認めながらも、インディアン部族が「連邦議会の寛容の下でのみ存続し、インディアン部族の権利が完全に消滅する条件に従っている[97]」、「究極的には連邦のコントロールに服する[98]」と判示し、絶対的権限の法理を基本原則として維持している[99]。

しかし、法廷意見が絶対的権限の法理を維持していたことを認めるとしても、次の判示を下した点については注目すべきである。

> 部族管轄権と連邦権限の交錯に関する「問題は、もちろん、連邦

---

[95] *Id.* at 322-323.

[96] *Id.* at 328-330.

[97] *Wheeler*, 435 U.S.at 323.

[98] *Id.* at 327.

[99] 同様の指摘として、Charles F.Wilkinson & Eric R.Biggs, *The Evolution of the Termination Policy,* 5 American Indian Law Reivew 139, 165 (1977).

議会が、部族に対する絶対的権限を行使し、部族から刑事管轄権を完全に奪い取る道を選択すれば、解決するだろう。しかし、インディアン部族の権限を原理的なレベルで侵害することは、…州の刑事管轄権に対する連邦による先占と同様、望ましくないものである[100]」。

この判示が示すように、法廷意見は、インディアン部族の主権を、州主権と類似した存在として捉えた上で、連邦議会による絶対的権限の行使を、部族主権の尊重の観点から、状況次第では「望ましくない(undesirable)」と判断を下している。

ところで、同年に下されたOliphant v.Suquamish Indian Tribe[101]では、インディアン以外の保留地居住者にはインディアン部族の刑事管轄権は及ばないと判示していた。Oliphant判決とWheeler判決とあわせて理解すると、「部族内刑事法を制定し、執行する権限を含む、自己統治の権限」は「部族構成員内部の関係のみ影響を及ぼす[102]」。つまり、インディアン部族が有する刑事管轄権は、部族構成員以外に対して行使できない、部族固有の権限であることを明らかにした。

⑵ Burger Courtは、部族の構成員を決定するという高度に政治的な権限についても、連邦や州ではなく、インディアン部族自身が判断することを明らかにした。

Santa Clara Pueblo v.Martinez[103]では、外部者と結婚したインディアン男性の子どもには部族構成員と認められるが、外部者と結婚したインディアン女性の子どもは認められないというプエブロ族の部族法が、平等な保護を定めた1968年インディアン市民的権利法に反するとして、プエブロ族の女性と、その女性の子どもが、部族構成員としての地位を求めて、プエブロ族に対して、宣言的救済および差止命令による救済を求めて訴訟を提起した事例である。

判決によれば、インディアン部族は主権を有していると位置づけられ

100 Wheeler, 435 U.S.at 331.

101 435 U.S.191 (1978).

102 *Wheeler*, 435 U.S.at 326.

103 436 U.S.49 (1978).

ていることから、伝統的に、コモンロー上の訴訟からの免除が認められてきた。もっとも、部族主権は、連邦議会の絶対的な支配に服する。しかし、連邦議会が承認しない限り、インディアン部族は、訴訟から免除される。そして、主権免除の放棄は、黙示的ではなく、明確に表現されていなければならない。

本件において問題となっている1968年インディアン市民的権利法では、「あらゆるインディアン部族は、その自己統治権限を行使する際に」、「その管轄内にいる人々に対し、法の平等な保護を奪ってはならない[104]」と規定していた。このような文言は、差止命令による救済または宣言的救済を求める民事訴訟の場合に、部族を、連邦裁判所の管轄下に置くものではない[105]。

このように、法廷意見の結論は、部族構成員資格の問題は部族自身が判断する、というものである。

ところで、法廷意見は、「インディアン部族は、もはや主権の全てを行使できるわけではないが、部族の内的、社会的関係を規制する権限については、独立した人々であり続けている[106]」と述べ、Roff v.Burney[107]を例として挙げつつ、部族構成員の問題は、部族内部の事項であると判示している。法廷意見によれば、「合衆国憲法以前に独立して存在する主権として、部族は、歴史的に、連邦や州に対して特別に制約を課す合衆国憲法の条項による制約を受けないものとして位置付けられていた[108]」。このように、法廷意見は、部族主権の本質的事項について、合衆国憲法による統制から外す論理を提示している。

本事案は、「両性の平等の問題」と「先住民族の歴史を知り、文化的多様性を尊重し彼らの文化の存続を視野に入れたうえで、彼らに特有の文化的意味の下でのアプローチ」との「緊張と葛藤がみられる[109]」難解

104 Act of April 11, 1968, Pub.L.No.90-284, § 202 (8), 82 Stat.73, 77.

105 *Martinez*, 436 U.S.at 58-59.

106 *Martinez*, 436 U.S.at 55.

107 168 U.S.218 (1897).

108 *Martinez*, 436 U.S.at 56.

109 キャサリン・A・マッキノン(著)/奥田暁子 = 加藤春恵子 = 鈴木みどり = 山崎美佳子(訳)『フェミニズムと表現の自由』(明石書店・1993年) 107-108頁。

な問題である。しかし、法廷意見が、構成員資格の判断を、結論として、部族自身の判断に委ねた点において、部族主権を承認した解決手法である[110]。

このように、人種意識的な思考を展開したBurger Courtは、インディアンの自己統治の範囲を拡大している（他の事例については注を参照[111]）。これは、上述した政治部門の変化とも傾向が合致している。

---

110 Aleinikoff (2002), *supra* at 60-61.

111 他に、部族主権から権限の拡大を認めた事例として、以下の事例を挙げることができる。

① United States v.Mazurie, 419 U.S.543 (1975) において、法廷意見は、アルコール飲料を持ち込むことを規制する権限は、「インディアン部族生活の内的、社会的関係に影響を及ぼす事項に関する独立権限」（*Id.* at 557）に含まれると述べ、保留地上で非インディアンがアルコール飲料を販売するためにはインディアン部族が発行するライセンスが必要と定めた部族法を承認した。

② Merrion v.Jicarilla Apache Tribe, 455 U.S.130 (1982) では、法廷意見は、「課税権限は、インディアン主権の本質的な属性である。なぜならば、課税権限は、自己統治と領域支配のために必要な装置だからである。課税権限があることによって、部族政府は、部族の重要なサービスを提供するために必要な歳入を得ることができる」（*Id.* at 137）と判示した。法廷意見は、このような認識の下、部族の保留地から石油とガスを採掘している者に対する部族の課税は、州際通商条項と抵触しないと結論を下した。

ただし、Merrion判決は、次のような留保を付している。

「部族政府が非構成員に対して課税する権限は、他の政府活動には課せられない制約に服する。：連邦政府は、この権限を取り上げることができる。そして、部族政府は、非構成員に対する課税が効果を持つ前に、長官の承認を得なければならない。このような付随的制約が存在することによって、インディアン部族が、不公平な、あるいは、無節操な方法で課税権限を行使するかもしれないという懸念を最小化でき、部族政府の課税権限の行使は連邦の政策と調和することを確保できる」（*Id.* at 141）。

連邦政府は、非構成員に対する部族の課税権限を取り上げることが可能であって、部族政府の課税は、最終的には「連邦の政策と調和する」ことが求められている。

ほかにも、③合衆国政府が、1877年にSioux族の保留地の一部を取得した行

１．２．２．２．アファーマティヴ・アクションの承認

Burger Court は、インディアンに対する積極的差別是正措置についても支持を表明している。

Morton v.Mancari[112]では、インディアン委員会の構成員として、優先的にインディアンを採用すると定めた条文[113]が、非インディアン以外の者にとって、人種による雇用差別であり、第５修正に違反するかどうかが争われた。

法廷意見は、この規定について、「インディアンの自己統治という大義を促進し、インディアン委員会が、その構成集団のニーズに応答し易くするために、合理的に設けられた[114]」優先措置であり、人種による差別に該当しないと判示した。このときに法廷意見がアファーマティヴ・アクションを正当化するために用いた根拠は、インディアンは「分離した人種集団ではなく、…準主権的な部族の構成員[115]」であるという論理である。

Burger Court が人種盲目的ではなく、人種意識的であったとしても、人種を理由とする区別は、何らかの理由がないと正当化されにくい。Mancari 判決は、インディアン部族は生来的な主権を有し、かつては外国に匹敵する程の存在であったという論理を用いて、一般の合衆国市民とは異なる別なカテゴリに属すると捉えた。Mancari 判決は、インディアンの有する部族主権が、現代においては、合衆国市民であるインディアン[116]を、他の合衆国市民とは異なる扱いを正当化する根拠として機能

為は、補償の対象となる第５修正上の「収用」に該当すると判示した United States v.Sioux Nation of Indians, 448 U.S.371 (1980) や、④州には、保留地の資源から得た収入に対して、部族との合意なしにインディアン個人に対して、所得税を課す権限がないと判示した McClanahan v.State Tax Commssion of Arizona, 411 U.S.164 (1973) などがある。

112 417 U.S.535 (1974).

113 Act of June 18, 1934, ch.576, § 12, 48 Stat.984, 986. なお、この法律の概要については、前章を参照。

114 *Mancari*, 417 U.S.at 554.

115 *Id*.

116 1924年の法改正により、インディアンに対しても合衆国市民権の付与がさ

することを示した。

1970年代に展開された判例であっても連邦議会が最終的な判断を行うことができるという前提は崩されてはいない[117]点は残るが、Burger Court期には、連邦議会及び司法の取り組みによって、インディアンの法的地位が向上したことは明らかである。

### 1．3．Rehnquist Court―反アファーマティヴ・アクションと先住民族への波及

しかし、人種意識的なBurger Courtの態度は、1986年から始まったRehnquist Courtにて一転する。Rehnquist Courtは、明示的に反アファーマティヴ・アクション的態度を取っていた。これは、Rehnquist長官自身が、典型的な反アファーマティヴ・アクション論者であったことからも、裏付けられる[118 119]。

---

れることになった。詳しくは、前章を参照。

[117] Natsu Taylor Saito, *Asserting Plenary Power Over the "Other":Indians, Immigrants, Colonial Subjects, and Why U.S.Jurisprudence Needs To Incorporate International Law*, 20 Yale Law and Policy Review 427, 452-453 (2002).

[118] Earl M.Maltz, *The Intractable Problem of Race, in* Craig M.Bradley ed., *The Renquist Legacy* 369, 377 (2006); Earl M.Maltz, *Introduction, in* Earl M.Maltz ed., *Rehnquist Justice Understanding the Court Dynamic* 1, 3 (2003).

[119] アファーマティヴ・アクションは、人種や性別など、集団の特徴を考慮した上で、その集団に対する優遇を認める措置であるため、集団をベースとした発想である。これに対し、反アファーマティヴ・アクション論者は、集団ではなく、個人をベースとした発想に依拠している。個人に着眼した発想ゆえに、特定の集団に属しているがゆえに優遇される措置に対して否定的である。

このような発想は、City of Richmond v.J.A.Croson Company, 488 U.S.469 (1989) に現れている。これは、次のような事案である。リッチモンド市は、Fullilove v.Klutznick, 448 U.S.448 (1980) に従って、黒人、スペイン語系合衆国市民、東洋系合衆国市民など、マイノリティに属する合衆国市民が所有すると市が認定した企業に対して、優先的に市が発注する公共事業の下請けを割り当てるとしていた。しかし、入札が一社だけであったにも関わらず、優先枠の関

### １．３．１．Rehnquist Court の一般的特徴―反アファーマティヴ・アクション

反アファーマティヴ・アクションという Rehnquist Court の特徴は、Adarand Constructors, Inc. v.Pena[120]において、鮮明に現れている。これは、連邦が公道建設事業を発注するに際し、第一契約者に対して、社会的、経済的に不利益を受けている個人が経営すると承認された小規模

---

係上、市の認定を受けていない企業が、市と契約できなかった。そこで、その企業が、本件優先割当が、第14修正が保障する平等保護に反するとして訴えたのが本件である。先例である Fullilove 判決では、マイノリティに対する優先枠を定める同様の連邦法が合憲と判断されていた。

しかし、本判決の結論は、対照的であった。法廷意見（一部相対多数意見も含む）は、本件措置を正当化するために、厳格審査基準を要求する。そして、第14修正によって保障されている権利について、Shelley v.Kraemer, 334 U.S.1 (1948) ―この判決では、人種と肌の色に基づいて私権を制約する契約を州裁判所が執行することが、第14修正の平等保護条項に違反すると判示した―に依拠しつつ、次のように判示した。

「第14修正第１節が創設した権利は、その文言上、個人に対して保障されている。保障された権利は、個人的権利（personal rights）である。…リッチモンド市の計画は、特定の合衆国市民に対して、人種を唯一の理由として公共契約を締結する一定の割合の人々と競争する機会を否定している。合衆国市民がどのような人種集団に属しようとも、等しい尊厳と敬意をもって処遇されるべきという彼らの『個人的権利』は、公的決定に関して、唯一の類型として人種を固定化する際の厳正な規則の中に、暗黙裡に前提とされている」（*Cronson*, 488 U.S.469, 493 (1989)）。

合衆国市民権と結びついていた第14修正上の諸権利について、法廷意見が、個人的権利であると判示している点に注目すべきである。第14修正が保障する権利を個人のものと位置づける思考は、「リッチモンド市の計画に基づけば、合衆国内のすべての成功した黒人、ヒスパニック系、東洋系の事業主は、人種を唯一の根拠として､他の合衆国市民に対する絶対的な優先権を享受している」（*Id*. at 508）という判断の中にも反映されている。

なお、詳細については、Alexander Aleinikoff, *A Case For Race-Consciousness*, 91 Columbia Law Review 1060 (1991) を参照。

[120] 515 U.S.200 (1995).

事業体を優先して下請けに回すように経済的インセンティブを与えることが、第５修正が定める平等保護に反するかどうかが争われた事案である。Adarand判決は、わずか５年前に下されたMetro Broadcasting, Inc. v.F.C.C.[121]を覆している。その際、覆すべき理由を詳細に検討しているという意味においても、Rehnquist Courtの方向性を明らかにした判決である。

Metro Broadcasting判決では、放送の多様性（この利益は、マイノリティの視聴者のみならず、一般視聴者にも資する）を実現するために、テレビ、ラジオ放送局の新規開設に必要なライセンスの申請について、マイノリティに対する優先枠を連邦政策の一環として設けることが争われた。法廷意見は、中間審査基準を採用し、放送の多様性という重要な政府目的を達成するために実質的に関連していると判示した。

しかし、Adarand判決は、政府による人種による区別について、従来の先例では、懐疑性、一貫性、一致という３つの観点から検討してきたと整理したうえで[122]、Metro Broadcasting判決が、人種に基づく連邦による区別と州による区別は一致すべきという要素を否定した結果、人種に基づくすべての区別に対する懐疑と、負担を受ける集団、利益を享受する集団の人種とは無関係に処遇されるという一貫性が弱まったと指摘する[123]。そして、次のように述べる。

> 「Metro Broadcasting判決によって弱められた３つの観点は、すべて、第５修正、第14修正が、集団ではなく、個人を保護しているという基本原理に由来している。この基本原理から、次のことが導かれる。人種に基づくすべての政府活動―それは、…ほとんどの状況では無関係であるがゆえに禁止されていると、長い間承認されてきた集団に基づく区別である―は、法の平等な保護を求める個人的権利が侵害されないことを確保するために、詳細な司法審査の対象

---

121 497 U.S.547 (1990).

122 *Adrand*, 515 U.S.at 223-224.

123 *Id.* at 226-227.

となる[124]」。

O'Connor 裁判官による相対多数意見は、上記のように述べ、人種に基づく区別は、やむにやまれぬ政府利益を促進するために狭く限定された手段を用いている場合にのみ合憲となると判示した[125]（その後の Rehnquist Court もアファーマティヴ・アクションに対して否定的な態度が継続する。この点については脚注参照[126 127 128]）。

---

[124] *Id.* at 227.

[125] 裁判所内の勢力均衡が変化した点も、補足しておく。この５年間に、Metro Broadcasting 判決の法廷意見を執筆した Brennan 裁判官、及びそれに同調した Marshall 裁判官、Blackmun 裁判官、White 裁判官が裁判官を辞めている。代わりに、Souter 裁判官、Thomas 裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官が就任した。このうち、Adarand 判決の法廷意見に同調したのは、Thomas 裁判官である。

[126] 一例として、ミシガン大学の学部に対する入学選考に際し、教育における多様性という利益を実現することを目的として、全150点のうち、「過少なマイノリティ（underrepresented minority）」に対して自動的に20点を加算する入学基準が、第14修正が定める平等保護条項、1964年市民的権利に関する法律（42 U.S.C.§2000d, or 42 U.S.C.§1981）に反するかどうかが争われた Gratz v.Bollinger, 539 U.S.244 (2003) を挙げることができる。

Rehnquist 長官による法廷意見は、「平等保護条項の下で審査の対象となるすべての人種に基づく区分は、厳格に審査されなければならない」（*Id.* at 270）と判示し、Adarand 判決の立場を明確に承認する。法廷意見は、マイノリティに対して自動的に20点を加算することが、「人種という要素を、決定的なものにする効果」（*Id.* at 272）を有していること、ミシガン大学の基準では、白人が「モネやピカソにも匹敵する傑出した芸術的才能」（*Id.* at 273）を有していたとしても最大で５点までしか与えられないこと、黒人学生が優秀な成績であったとしても「自動的に20点を配分することは、大学側が、学生個人の背景、経験、性格を、学生個人が多様性に貢献する可能性があると判断していない」（*Id.* at 273-274）ことを理由として、ミシガン大学の入学許可基準が第14修正、市民的権利に関する法律に反すると判断した。

[127] Gratz 判決が下されたほぼ同時期には、ロースクールの入学許可に関して、多様な学生を確保するために、GPA と LSAT の得点のほかに、可変要素（soft variables）の一つとして、人種も考慮することが第14修正に反しないと判断した Grutter v.Bollinger, 539 U.S.306 (2003) も下されている。一見すると、

### 1.3.2. Rehnquist Courtのインディアンの位置づけ―差異の消去による自律の切り下げ

このような、人種を考慮しない、人種に目をつぶる反アファーマティヴ・アクションの発想を貫徹するならば、インディアン部族に対する優遇措置や援助も、集団をベースとした特別扱いであるため、疑いの目で見られることになる[129]。この場合、インディアン部族の主権は、人種によって定義された制度と捉えられる。

実際、Rehnquist Court は、インディアン部族が「半自律的（semi-autonomious）[130]」な存在であるという認識の下、例えば、州職員が保留

---

Gratz 判決と Grutter 判決は対照的であるが、Gratz 判決では、過少なマイノリティに対して、ボーナスとして自動的に20点が加算される点が異なる（*Id.* at 337)。Gratz 判決における O'Connor 同意意見も同様の指摘（*Gratz*, 539 U.S.at 277-278, 279）を行っている。Gratz 判決と Grutter 判決の相違については、安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティヴ・アクション」ジュリスト1260号44頁（2004年）を参照。

128 アファーマティヴ・アクションに対する否定的な傾向は、Rehnquist Court が終了し、Roberts Court に移った現在においても継続しているかもしれない。

例えば、Parents Involved In Community Schools v.Seattle School District No.1, 127 S.Ct.2738 (2007) では、Roberts 長官による法廷意見（一部相対多数意見）は、「人種以外の要因に基づいて公立学校への入学を決定するシステムを構築する方法は、人種に基づいて生徒を配分することを中止することである。人種に基づく差別をやめる方法は、人種に基づく取り扱いをやめることである」（*Id.* at 2768）と述べ、募集人数を超えた公立学校において、人種による区分に基づいて枠を配分する入学許可基準が平等条項に反すると結論を下した。

なお、本判決及び Rehnquist Court のアファーマティヴ・アクションについては、安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸＝水町勇一郎（編）『差別禁止法の新展開―ダイヴァーシティの実現を目指して―』（日本評論社・2008年）33-40頁参照。

129 Amn Tweedy, *The Liberal Forces Driving the Supreme Court's Divestment and Debasement of Tribal Sovereignty*, 18 Buffalo Public Interest Law Journal 147, 211-212 (2000); David H.Getches, *Beyond Indian Law:The Rehnquist Court's Pursuit of State's Rights, Color-Blind Justce and Mainstream Value*, 86 Minnesota Law Review 267, 328 (2001)

130 Department of Taxation and Finance v.Milhelm Attea, 512 U.S.61, 73 (1994).

地上で捜査令状を執行する権限を承認する判決[131]や、非部族構成員同士が保留地上で起こした自動車事故に対する部族裁判所の権限を否定する判決[132]などを下している。

Rehnquist Court のインディアンの位置づけとしては、次の二つの判決が興味深い。

---

法廷意見は、卸売業者が、インディアン部族、部族の小売業者に対して販売する非課税タバコの販売量を制限したニューヨーク州法を、全員一致で合法と判断した。

[131] Nevada v.Hicks, 121 S.Ct.2304 (2001) を挙げることができる。これは、インディアン構成員である Hicks が、州職員が保留地外で行われた犯罪のための捜査令状を保留地上で執行した行為について、令状の範囲を越え、個人の自由を侵害しているなどと主張して、部族裁判所に侵害訴訟を提起した事案である。

法廷意見は、本件について、部族による介入を認めると、部族が「司法からの逃走者のための亡命施設」（*Id.* at 2312）となる危険性を指摘する。そして、「州職員が保留地の外で行われた州法違反に関連する捜査を実施することについて、規制する部族権限は、部族の自己統治…にとって、本質的ではない」（*Id.* at 2313）と判示し、部族裁判所の管轄権を否定した。このような法廷意見に従うならば、州は、保留地上で、州法を実現することが可能になる。

[132] Strate v.A-1 Contractors, 520 U.S.438 (1997) において、保留地上を横断する州道路上で生じた衝突事故（両当事者とも部族構成員ではない）について、一方の当事者は部族裁判所に訴訟を提起したが、他方の当事者は連邦裁判所に訴訟を提起し、本件衝突事故について、部族裁判所は管轄権を有さないと主張した。法廷意見は、全員一致で、本件について部族裁判所は管轄権を有さないと判示した。

法廷意見は、先例である Montana v.United States, 450 U.S.544 (1981) に依拠しながら、非構成員に対して部族裁判所が管轄権を有するのは、当該非構成員が部族と「同意関係」（*A-1 Conractors*, 520 U.S.at 456）にある場合と、「部族の政治的統合、経済的防衛、健康、福祉を脅かす、または直接的影響を与える」（*Id.* at 457）場合であると判示する。本件衝突事故が後者の場合に該当するかどうかが争点となった。法廷意見は、「争点となっている州道路上の事故について規制する権限、判決を下す権限は、インディアンが自ら法を制定し、その法律によって統治されるという、保留地上のインディアンの権限を維持することとは関係がない」（*Id.* at 459）と述べ、保留地上の生じた行為を規制できる権限の範囲を狭く解した。Thomas Alexander Aleinikoff, *Semblance of Sovereignty* 105 (2002) 参照。

### 1．3．2．1．Duro v.Reina

⑴第一に、Duro v.Reina[133]である。これは、次のような事件である。他の部族構成員であり、別な保留地に居住していたDuroが、居住していた保留地の若者インディアンを射殺した。Duroは、部族刑事法に違反して、違法な発砲をしたという理由で起訴された。Duroは、本件について部族裁判所には管轄権がないと主張し、連邦地方裁判所に対し、人身保護令状を求めて訴訟を提起した。

法廷意見は、インディアン部族は非構成員のインディアンに対する刑事管轄権を有さないと判示した。このとき、法廷意見は、部族主権について、次のような認識を示している。

「部族裁判所は、…内的な自己統治権限のみを体系化している。我々は、外的な刑事管轄権が部族裁判所の機能の一部であるという見解に賛成しない[134]」。「部族が保持している主権は、部族構成員であることに同意したインディアンに対して部族が行使しうる、特定の補助的権限として認められたものだけである[135]」。「部族が有する補助的権限は、その構成員の同意に由来する。それゆえ、刑事においては、構成員性は、部族権限の境界を画定する[136]」。

つまり、法廷意見は、インディアンの主権が及ぶ範囲は、自らの構成員のみであって、非構成員には及ばない、という前提に立脚している。

結論として、法廷意見は、Duroの主張を受け入れ、インディアン部族は非構成員のインディアンに対する刑事管轄権を有さないと判示した。

このとき、法廷意見は、他部族であるDuroを、当該保留地のインディアンにとっては他の合衆国市民と同一の存在であると位置づけている。法廷意見によれば、特別な法律がない限り、「インディアンは、他の合衆国市民と同じく、自らの個人的自由に対する望まれない侵害から…守られるという偉大な配慮―この配慮は、合衆国が担う―の下にあ

---

133 495 U.S.676 (1990).

134 *Duro*, 495 U.S.at 692.

135 *Id*. at 693.

136 *Id*.

る[137]」。続いて、次のように述べる。

「起訴及び刑事罰は、個人の自由に対する重大な侵害であるため、インディアンではない合衆国市民に対する刑罰権の行使は、合衆国という支配的主権に服従している部族が必ず放棄しなければならない権限である。…我々は、合衆国市民、他部族のインディアンという別な集団を、所属していない政治体による公判を理由として、呼び出すことができる部族主権を承認する見解には賛成しない。完全な合衆国市民として、インディアンは、合衆国の領域的主権、政治的主権を共有している。…インディアンは、他の合衆国市民と同様に、支配的主権、すなわち合衆国に対する忠誠を共有している[138]」。

インディアン部族は、かつては外国に匹敵する別個の主権を有する政治体として認識されていたが、上記の判示では、合衆国内に存続するインディアン部族を通常の合衆国市民と同一視する発想を読み取ることができる。

⑵これに対し、連邦議会は、Duro 判決の翌年の1991年に、インディアン部族に対して、他部族構成員が犯した軽罪に対する管轄を認める趣旨の法律[139]を制定し、Duro 判決を否定している。法案を作成した委員会による報告書は、次のように述べている。

「この国の歴史を通して、連邦議会は、部族裁判所が部族構成員に対して軽罪管轄権を行使することと同じように他部族のインディアンに対する軽罪管轄権を行使する部族裁判所の権限を問題にしたことがない[140]」。「インディアン部族が有する生来の主権には、インディアン領土内の全てインディアンに対して軽罪に関する刑事管轄を行使する権限が

137 *Id*. at 692.

138 *Id*. at 693.

139 Act of October 28, 1991, Pub.L.No.102-137, 105 Stat.646.

140 House Report No.102-61, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 102nd Congress No.10, at 374.

含まれる[141]」。

もちろん、原則として、連邦刑事法がインディアンのインディアンに対する犯罪に適用されないこと、州も刑事管轄権を有さないことから、Duro判決を前提にすると、管轄の空白が発生し、保留地上の法秩序の維持が実現できなくなるという実際上の問題への対処の必要性も、改正理由の一つである[142]。

しかし、法改正の過程において、Duro判決と正反対の見解が提示された点は興味深い。インディアンは他部族に対する刑事管轄権を本来有しているという発想に立脚しているがゆえに、今回の法改正は、「連邦による管轄権の授権ではなく、国内の依存した国家としての部族の地位の明確化[143]」として把握されている。なお、Duro判決の反対意見が、法廷意見に対して「現在の連邦議会の政策と衝突する[144]」と述べていた点も、付言しておく。

その後、1991年改正がきっかけとなり、インディアンの裁判制度を改善するべきという認識が形成された結果として、部族裁判制度の発展を実現するための援助を行う法律が制定された[145] [146]。

#### 1.3.2.2. Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v.Smith

もう一つの注目すべき判決は、Employment Division, Department of

[141] *Id*. at 375.
[142] *Id*. at 373.;House Conference Report No.102-261 *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 102nd Congress No.10, at 381-382.
[143] House Report No.102-61, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 102nd Congress No.10, at 377.
[144] *Duro*, 495 U.S.at 710.
[145] Tribal Justice Act of 1993, Pub.L.No.103-176, 107 Stat.2004.
[146] もちろん、裁判所の専門性が低い、陪審制度などが欠如している、部族政府の政治からの相対的な独立性など、問題も抱えている。The Harvard Project on Amercan Indian Economic Development, *The State of the Native Nations* 344-345 (2008).

Human Resources of Oregon v.Smith[147]である。

これは、次のような事案である。Smith らは、先住民族の宗教的儀式の一環として、ペヨーテ（peyote）と呼ばれる幻覚作用を持つ麻薬を吸引したことを理由に解雇された。彼らは失業補償を請求したが、州裁判所は、彼らの「非行」を理由に、補償を認めなかった。法廷意見は、宗教の自由が保障されているとしても、州は、神聖な儀式の一環としてペヨーテを使用することを禁止できるため、ペヨーテの使用を理由として失業補償を否定することができると判断した。

Blackmun 裁判官が執筆した反対意見は、宗教を理由に州法に違反して子供を公立学校に通わせなかった親の行為を、第１修正を根拠に正当化した Wisconsin v.Yoder[148]に依拠しながら、次のように判示した。

> 「もし、オレゴン州が崇拝行為を理由として Smith らを起訴することが合憲ならば、Smith らは、アーミッシュと同様に、他の、より寛容な宗教へと改宗しなければならないかもしれない。…この潜在的な破壊効果は、先住民族の宗教的自由を保護する連邦政策―これは、長年にわたる宗教的迫害と宗教的不寛容への応答である―の観点から考察されなければならない[149]」。

Blackmun 裁判官の反対意見は、アメリカ・インディアンの宗教的自由を承認した1978年８月11日合同決議[150]に言及し、連邦議会が、部族が宗教儀式を行うことにより、部族の文化的統合を実現する必要性を認識していたことを確認する。連邦議会は、1978年の時点で、宗教儀式の一環としてペヨーテの使用を容認することが薬物取り締まり政策と衝突する可能性を認識していた[151]。反対意見は、このような連邦議会の判断を

---

[147] 494 U.S.872 (1990).

[148] 406 U.S.205 (1972).

[149] *Smith*, 494 U.S.at 920.

[150] Joint Resolution of August 11, 1978, Pub.L.No.95-341, 92 Stat.469.

[151] House Report No.95-1308, *in* United States Code Congressional and Administrative News 95th Congress-Second Session 1978 vol.3, at 1263-1264.

踏まえた上で、第１修正、連邦議会が双方とも、アメリカ・インディアンの宗教的自由を保障していると解し、州にはSmithらの宗教的行為を規制するために十分な利益はないと結論を下した。

Blackmun裁判官が、集団ごとの自律性を認めるYoder判決に依拠しながら、インディアン部族の自律性を容認する判断を下したのに対し、Scalia裁判官による法廷意見は、中立的、一般的に適用される法律が個人の宗教的信念と対立することだけを理由として違憲無効となることはないという立場から、次のように指摘する。

> 「もし『やむにやまれる利益』テストが適用されるべきであるならば、それは、宗教的に価値あるものと受け止められているすべての行為に対して、一般的に適用されなければならない。…（個人の宗教的信念に対する制約となることだけを理由に『やむにやまれぬ利益』テストを採用する結果として多くの法律が違憲となるような制度―引用者注）を採用する社会は、無政府状態を招くかもしれない。無政府状態を招く危険性は、社会における宗教的信念の多様性と、宗教的信念を抑制しないという決断に直接的に比例して、増加する。まさに、我々は、様々な宗教的傾向を持つ人々によって構成されている国際色豊かな国家であり、そして、我々は、その上で、宗教的相違を評価し、保護するゆえに、我々は、最高秩序（the highest order）という利益を侵す宗教的行為に対する規制―例えば、宗教的兵役拒否者に対して適用される規制―を、推定上無効とする余裕はない[152]」。

法廷意見は、Blackmun裁判官の反対意見とは対照的に、宗教的多様性が増大することによって社会が分裂し、その結果として無政府状態を招くことに対する危機意識を表明している。法廷意見の発想では、インディアンが、宗教的自由を行使する結果として、他の合衆国市民とは異なる特権を享受することは、「最高秩序という利益」という名の下で規制される。法廷意見は、「最高秩序」の下で多元的な社会を一つにまと

---

[152] *Smith*, 494 U.S.at 888.

めあげなければならない、という思考に立脚している。Smith 判決は、多文化主義的な社会にある合衆国を一つにまとめ、維持する必要性の点から、インディアンに対する特権を否定した[153]。

なお、連邦議会は、1993年に、Smith 判決を明示的に覆し、Yoder 判決時の審査基準に戻す趣旨を定めた法律[154]を制定した。ここでも、連邦議会と裁判所の対立が見られる[155]。

### １．４．ハワイ先住民族が抱える問題

上記の Rehnquist Court の判例を踏まえたときに困難が生じる問題は、ハワイ先住民族である。既に述べたように、ハワイは、合衆国が1898年に取得した領土であって、1959年に州昇格している。ハワイ先住民族は、合衆国市民であるが、合衆国の法制度上、インディアンではない。したがって、ハワイ先住民族の場合、アメリカ合衆国本土に居住するインディアンとは異なり、合衆国市民との差異を許容するときに用いる「部族主権」という論理を用いることが出来ない。

⑴問題提起として重要な事例は、Rice v. Cayetano[156]である。これは、次のような事件である。OHA（Office of Hawaiian Affairs）を監督する受託者（trustee）は、ハワイ人を先祖とする人々に対する地位の改善などの活動について責任を負う州機関である。そして、受託者は、ハワイ人による選挙によって選出されると州法によって規定されていた。これに対し、ハワイ人の血統を有するが、法律上規定されているハワイ人としての要件を満たさない Rice が、投票資格をハワイ人に限定することが平等保護に反するとして訴訟を提起したのが本件である。

このような Rice の主張に対し、法廷意見は、州機関である受託者が

---

153 Aleinikoff (2002), *supra* at 68.

154 Religious Freedom Restoration Act of 1993, Pub.L.No.103-141, 107 Stat.1488 (1993).

155 今後、どのような傾向になるかは不明である。ただし、上述したように、Roberts Court も、反アファーマティヴ・アクション的な態度を取っている点には注目される。この傾向を維持するならば、今後も、判例のインディアンに対する態度は、冷淡なままかもしれない。

156 528 U.S.495 (2000).

ハワイ人のみによる選挙によって選出されることは、特定の人種に基づいて投票権者を限定するため、第15修正に反すると判示した。

ここでは、判決が、第15修正に依拠しながら、厳格審査基準を用いて違憲判断を下したことに着目する。なぜならば、第15修正は、黒人の選挙権を保護するために南北戦争後に制定された規定であり、本件は、第15修正が、結果的に白人の選挙権を保護するために用いられたはじめての事例と言われているからである[157]。

人種を投票資格として用いることを禁止する第15修正を用いることにより、本判決は、州市民ならば、人種とは関係なく、州の民主制にすべて参加できるという立場を強調した。合衆国市民ならば、州内で実施される選挙に参加する資格を持ち、そして、合衆国市民ならば、すべての選挙から排除されない。このような立場は、「肌の色に目をつぶる民主主義（color-blind democracy）[158]」と言うことができる（これに対しては、先住民族の自律性を強調する立場からは、本判決の思考は、実際上存在している相違を無視しているという批判はありうる）。

もちろん、Rice 判決は、ハワイ先住民族に関する事案であって、インディアンに関して形成されてきた判例とは事案が異なるというべきかもしれない[159]。また、ハワイ先住民族の場合、上述したように、アメリカ・インディアンとは異なり、主権を有する部族として認められていないため、特別扱いを認めるための正当化根拠を欠く。

⑵同様の反応は、政治部門にも見られる。ここでは、先住民族の言語の保護政策に関する議論を事例の一つとして説明する。1990年に、アメリカ先住民族言語法[160]が成立する。この法律は、アメリカ先住民族（インディアンだけではなく、ハワイ人、島嶼住民も含む）が、自らの言語を

---

[157] William E.Spruill, *The Fate of the Native Hawaiians: The Special Relationship Doctrine, the Problem of Strict Scrutiny, and Other Issues Raised by Rice v.Cayetano*, 35 Univercity of Richmond Law Review 149, 151 (2001).

[158] *Id.* at 154.

[159] David H.Getches, *Beyond Indian Law:The Rehnquist Court's Pursuit of State's Rights, Color-Blind Justce and Mainstream Value*, 86 Minnesota Law Review 267, 343-344 (2001).

[160] Native American Language Act, Pub.L.No.101-477, 104 Stat.1153 (1990).

使用する権利を有していることを認め、先住民族の言語を維持し、先住民族が独自の学校施設などにおいて、話者を育成することを奨励した。

ただし、この法律は、予算を伴わない法律であって、どちらかといえば、連邦政策の方針を宣言する性格が強いものであった[161]ため、２年後の1992年には、先住民族の言語の保護を目的とするプログラムを実施するための助成を定めた先住民族言語法[162]が制定された。このような法整備を背景に、インディアン部族が、言語を保存する活動に取り組むことが可能となった。

しかし、1992年[163]への署名に際し、George Bush 大統領は、次のような声明を出している。

> 「私は、この法案のうち、人種に基づいて定義されたハワイ先住民族（Native Hawaiians）に対して利益を与える条文について懸念を表明する。この人種に基づく分類は、部族の一員であるアメリカ・インディアンを優遇することができる連邦議会の権限―これは、合衆国憲法上、連邦議会が行使することが認められている―の行使としては認められない[164]」。

確かに、現在においても、合衆国政府は、ハワイ先住民族を、アメリカ・インディアンのような主権を有する国家内の依存した国家として承認していない。したがって、ハワイ先住民族の場合、アメリカ・インディアンのように部族主権を理由とする特別扱いを展開することができず、ハワイ先住民族に対する特別扱いは、人種に基づいて行われてしまう。

---

[161] Senate Report No.101-371, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 101st Congress No.9, at 1842.;Senate Report No.102-343, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 102nd Congress No.11A, at 2956.

[162] Native American Language Act of 1992, Pub.L.No.102-524, 106 Stat.3434 (1992).

[163] Native American Language Act of 1992, Pub.L.No.102-524, 106 Stat.3434 (1992).

[164] Statement by President George Bush upon signing S.2044, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News 102nd Congress No.11A, at 2963.

したがって、この場合、許容される人種に基づく区別かどうかという問題が生じる[165]。Bush 大統領の声明は、言語に限らず、通常の人種の問題として片付けられてしまうハワイ先住民族に対する特別扱いをめぐる問題一般とも共通する。

## ２．島嶼事例—自治権の拡大と辺境

前章で示したように、この時期には、島嶼住民には合衆国市民権が付与され、その一方で、島嶼住民の自治権の拡大も進行している。以下では、20世紀後半の判例の展開及び連邦議会の反応を関連させながら、主権を根拠に自治権を拡大する主張があること、合衆国市民としての権利保障を認めるべきであるという見解も判例内部で有力になっていること、しかし、絶対的権限の法理は理論的には維持され、島嶼地域の法的地位が連邦議会の判断に究極的には依存していることを示す。

### ２．１．Warren Court — Reid v.Covert と異質な他者としての島嶼住民

⑴ Warren Court において、島嶼事例をめぐる重要な判決は、Reid v.Covert[166]である。これは、直接には島嶼事例に関する判決ではないが、従来の島嶼事例をめぐる判例について、注目すべき言及を行っている。

Reid 判決は、次のような事案である。イギリスのアメリカ空軍基地で勤務していた軍人の夫を殺害した妻 Covert —彼女は軍人ではなく、夫と同居していた—に対して、軍事裁判所は、殺人罪を理由として、終身刑を宣告した。そこで、民間人である Covert は、軍事裁判所ではなく、通常の裁判所内の陪審による裁判によって裁かれるべきであると主張し、人身保護令状を請求した。原判決である地方裁判所は、民間人は通常法廷によるという原則に依拠し、軍法会議による裁判を否定し、監禁からの釈放を命じた。これを受けて、合衆国政府は、合衆国最高裁判所に直接上訴した。結論として、相対多数意見は、上訴を棄却し、Covert を釈放するという原判決を維持した。

---

[165] The Harvard Project on Amercan Indian Economic Development, *The State of the Native Nations* 344-345 (2008).

[166] Reid v.Covert, 354 U.S.1 (1957).

この判決において注目すべきは、海外の合衆国市民の権利に関する判断である。本件は、イギリスに居住する合衆国市民の権利が問題となっている。第６章で述べたように、1891年に、合衆国最高裁判所は、In re Ross[167]において、「合衆国憲法は他国では効力を持たない[168]」と判示し、陪審を保障していない領事裁判所が外国で生じた事件を管轄することは、被告人の陪審による裁判を受ける権利の侵害には当たらないと判示している。

In re Ross 判決に従うならば、Covert の主張は否定されることになるだろう。しかし、本判決は、次のように述べ、In re Ross 判決を否定した。

> 「まず、我々は、合衆国が、海外の合衆国市民に対して行動を起こす際に、合衆国は、権利章典の制約から解放されるという考え方を拒否する。合衆国は、合衆国憲法の創造物である。合衆国の権限、権威は、合衆国憲法以外からは導かれない。合衆国は、合衆国憲法が課した制約に従って活動する。合衆国政府が海外に居住する合衆国市民に対して刑罰権を行使しようとする場合、合衆国市民の生命と自由を保護するために権利章典及び合衆国憲法の他の規定が設けた防御壁は、当該合衆国市民が、たまたま他国にいることを理由として、剥がされるべきではない[169]」。

さらに、相対多数意見は、In re Ross 判決は、行政、立法、司法権が一人の領事に集中していることは絶対主義の極致であると批判した上で、In re Ross 判決を根本的に誤った考え方に依拠していると判示した[170]。

⑵ところで、Reid 判決は、海外に居住する合衆国市民であっても、対合衆国の場合には合衆国憲法上の権利が保障されるという思考に依拠し

---

[167] 140 U.S.453 (1891).

[168] *Id*. at 464.

[169] *Reid*, 354 U.S.at 6.

[170] *Id*. at 11-12.

ている。仮にこの思考を貫徹するならば、合衆国の統治権が全く及ばない他国領土ではなく、また、出生による合衆国市民権の取得も—もちろん、各地域の制度にもよるが—認められている島嶼住民も、合衆国という権力と向かい合った場合に、合衆国憲法上の保障が及ぶことになるはずである。

しかし、第６章で述べたように、島嶼住民は、「『基本的な』憲法上の権利[171]」「基本的な権利[172]」しか保障されず、この点に関する制約を除いては、合衆国は、島嶼事例に関する絶対的な権限を有しているというのが、島嶼事例に関する従来の判例の立場である。

では、本判決と島嶼事例の整合性について、どのように理解すればよいのか。

Reid 判決は、本件を、島嶼事例が「そこでの統治権限の根拠が合衆国市民権でありつつも、まったく異質の伝統と制度を持つ領土を一時的に統治するための規制を設ける連邦議会の権限に関連している。このような事例では、軍事法廷に関する判断を扱っていない。軍事管轄権を民間人に拡大することを指示する基盤として用いることはできない[173]」という理由に基づいて、事案が異なると理解した。

Reid 判決が事案を区別する手法を採用したことは、結果として、本件は、In re Ross 判決のように、判決を覆す機会があったにも関わらず、事案を区別することによって、島嶼事例に関する判例を維持したことを意味する。もっとも、本判決は、本件と島嶼事例を区別した直後に、次のように述べている。

> 「島嶼事例も、その推論も、これ以上拡大されるべきではないというのが我々の判断である。権利章典、恣意的な政府に対する憲法上の保障は、それが不都合なとき、ご都合主義が影響しているときには効果がないという見解は、非常に危険な法理である。もしその見解が支配的になることを許せば、成文憲法の長所が破壊され、我々

---

171 *Id*. at 13.

172 Dorr v.United States, 195 U.S.138, 148 (1904).

173 *Reid*, 354 U.S.at 14.

の政府の基盤が侵害されるだろう[174]」。

この判示は、島嶼事例が有する潜在的な危険性を指摘している。にもかかわらず、本判決が、In re Ross 判決のように、先例を覆すのではなく、「この国とは異なる文化と習慣[175]」を有する島嶼住民に対して基本的な権利しか認めない島嶼事例を維持した。

その後も、合衆国最高裁判所は、Reid 判決と類似の事案を扱っている[176]。しかし、島嶼事例に関する判例を覆す機会であったにも関わらず、島嶼事例の法理を維持し続けている[177]。

### ２．２．1970年代（Burger Court 期）以降の島嶼事例―自治の根拠としての主権と合衆国市民の範囲

#### ２．２．１．権利保障範囲と自治権の拡大

⑴ Warren Court は、Reid v.Covert[178]を始めとして、従来の島嶼事例に関する判例を見直す機会を有していたにもかかわらず、従来の判断を支持してきた。しかし、Reid 判決は、島嶼事例の判断が引き起こす危険性の存在自体は意識している。裁判官の中には、Reid 判決が示した危険性を自覚する者も存在している。例えば、Torres v.Puerto Rico[179]において、Brennan 裁判官は、同意意見の中で、法廷意見の結論を支持するとしつつも、Reid 判決が提示した島嶼事例に関する判例が有する危険性の指摘について改めて言及している[180]。

---

174 *Id.*

175 *Id.* at 13.

176 Kinsella v.United States, 361 U.S.234 (1960);Grisham v.Hagan, 361 U.S.278 (1960);McElroy v.United States, 361 U.S.281 (1960).

177 Juan R.Torruella, *The Insular Cases:The Establishment of a Regime of Political Apartheid*, 29 University of Pennsylvania Journal of International Law 283, 331 (2007).

178 Reid v.Covert, 354 U.S.1 (1957).

179 442 U.S.465 (1979).

180 *Torres*, 442 U.S.at 475-476.

また、Harris v.Rosario[181]では、Marshall 裁判官は、反対意見において、上記の Brennan 裁判官の指摘を挙げつつ、「このような判決（従来の島嶼事例に関する判決—引用者注）の今日の妥当性は疑わしい[182]」と指摘している。Marshall 裁判官の見解は、プエルトリコ住民であっても、合衆国憲法上は他の合衆国市民と同等の地位に置かれるべきという点で、一貫している[183]。

⑵また、プエルトリコを、「州と同様に、自律的な政体であって、合衆国憲法が規制していない事項については、主権を有している[184]」と位置づける見方も登場する[185]。周知のように、それぞれが独立していた邦が連合して結成されたアメリカ合衆国では、州は—現代では形骸化が進行しているとはいえ—主権を有し、その結果として、州内部の事項については、州が自律的に判断する。州が扱う事項について、連邦は規制できない。上記の判示は、プエルトリコを、この意味において、州と同様の存在として位置づける発想に立脚している。

それを示した事例の一つが、プエルトリコ出身の農業労働者を悪条件の下に雇用したことについて、プエルトリコがパレンス・パトリーイ訴訟[186]を提起する当事者適格を有しているかどうかが争われた Alfred L.Snapp & Son, Inc. v.Puerto Rico[187]である。この判決は、プエルトリコ

---

[181] 446 U.S.651 (1980).

[182] *Harris*, 446 U.S.at 653.

[183] なお、判例の整理などについては、Juan R.Torruella, *The Insular Cases:The Establishment of a Regime of Political Apartheid*, 29 University of Pennsylvania Journal of International Law 283, 331-332 (2007) を参照とした。

[184] Rodriguez v.Popular Democratic Party, 457 U.S.1, 8 (1982). Calero-Toledo v.Person Yacht Leasing Co., 416 U.S.663, 673 (1974) も同様の判断を下している。

[185] この点については、Jose Trias Monge, *Plenary Power and the Principle of Liberty:An Alternative View of the Political Condition of Puerto Rico*, 68 Revista Juridica Universidad de Puerto Rico1, 14-15 (1999) 参照。

[186] パレンス・パトリーイ（parens patriae）訴訟とは、州が、後見人として訴訟に参加する制度である。田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）619頁。

[187] 458 U.S.592 (1982).

の主張を、「コモンウェルスの準主権的利益[188]」と解し、「この点について、コモンウェルスの立場は、ジョージア州の荷主に対する差別する運賃を排除するために連邦反トラスト法による保護を求めようとするときのジョージア州の場合と区別できない[189]」と判示し、プエルトリコの主張を認めた。したがって、この判決では、プエルトリコを、パレンス・パトリーイ訴訟を提起する資格については、州と等しい存在として位置づけている。

もっとも、プエルトリコは州と類似した主権的存在であると主張することは、プエルトリコの独立を否定することになる。例えば、前述したTorres判決では、合衆国からプエルトリコに来た旅行者に対して、令状がなくとも、あるいは、当該旅行者が輸入禁止品を運搬していると疑うに足りるほどの明確な理由がなくとも、プエルトリコ警察は空港で旅行者の携帯品を捜査できると定めたプエルトリコ法が、第４修正に違反すると判示した。

法廷意見によれば、「プエルトリコは、自らの領土への入国を禁止する主権的権限を有していない。入国に関する国際港と同じく、プエルトリコの国境、関税に関するコントロールは、連邦政府職員によって行われる。連邦議会は、法律によって、プエルトリコが、合衆国に住む居住者の特権および免除について、すべての合衆国市民と一致するように規定した[190]」。

第２章で示したように、移民規制権限については、連邦に専属する事項であって、州には認められない。その意味では、Torres判決は、プエルトリコを、州と同じ存在として位置づけている。もっとも、Torres判決は、通常は国家主権に属する事項として位置づけられる移民規制権限を、プエルトリコは有さないと判断している。これは、コモンウェルスというプエルトリコの特殊な地位ゆえに、「合衆国以外のすべての国にとっては、国家間の境界[191]」であるという主張、言い換えれば、合衆

[188] *Id*. at 608.
[189] *Id*. at 610.
[190] *Torres*, 442 U.S.465, 473 (1979)
[191] *Id*. at 472.

国以外の国家にとってはプエルトリコは独立国として位置付けられるという見解を否定する意味を持つ。したがって、Torres 判決の論理は、プエルトリコを合衆国の辺境、すなわち、合衆国に属するが、州でもない中途半端な状況に追いやったままの状態を正当化している。

### ２．２．２．絶対的権限の維持―インディアンと島嶼事例における「主権」の相違点

⑴プエルトリコは、いくつかの点では州と同様の待遇が認められるが、常に州と同一の処遇が認められるというわけではない。

Harris 判決では、被扶養者たる子どもを持つ家族に対する援助を定めるプログラム[192]が、州と連邦統治領間において、助成に差を設けていたことにより、州よりも低い助成を受けていたプエルトリコ住民が当該法律は第５修正に違反すると主張して訴えた。

法廷意見は、「合衆国憲法第４編第３節２項…が規定する領土条項によって授権された連邦議会は、その法律に合理的な理由がある限り、プエルトリコを、州とは異なる取り扱いに服させることができる[193]」と述べ、プエルトリコ住民は連邦財務に貢献していないこと、プエルトリコを州と同様に扱った場合に必要なコストが高いこと、過大な援助はプエルトリコ経済を破壊することの三点を指摘し、当該法律は第５修正に違反しないと判示した[194]。

連邦議会がプエルトリコを州とは異なる処遇をした場合であっても、領土条項によって授権された連邦議会の権限の行使の結果として、正当化される[195]。

⑵ Harris 判決は、第４編第３節２項によって授権された連邦議会の権限を根拠に、プエルトリコと州の取り扱いの差異を承認した。ここでも、取り扱いの差異を正当化する際の根拠は、連邦議会の権限である。裁判所が用いる手法は、連邦議会が判断したものであるならば正当である、

---

192　Act of August 14, 1935, § 401-406, 49 Stat.620, 627-629.

193　*Harris*, 446 U.S.at 651-652.

194　*Id*. at 652.

195　同様の指摘として、Califano v.Torres, 435 U.S.1, footnote 4 (1978).

という論法である。であるならば、後述するヤング法案への応答も見ていると、次のような認識が支配的かもしれない。

　「もちろん、連邦議会は、連邦統治領に関する絶対的な権限を有していることは、真実である。しかし、実際上の理由から、連邦統治領の官吏の活動に関する有効な連邦政府のコントロールは、事実上不可能であった。…むしろ、連邦議会は、自治法の発展を、連邦統治領議会に広く―組織法の枠組み及び放棄していない拒否権を維持しつつ―委ねている[196]」。

　このような認識の下では、プエルトリコが主権―この場合、「主権」は自治の根拠として機能している―を有しているとしても、連邦議会が承認している限りでの主権に過ぎない。ひとたび連邦議会が究極的な権限を行使すれば、プエルトリコの自治は消滅してしまう。

　この点については、United States v.Sanchez[197]において示された、プエルトリコの主権とインディアンの部族主権との対比が興味深い。

　「インディアン部族が保持し続けている主権は､特殊なものであって、限定されたものである。それは、連邦議会の寛容の下にのみ存在することができ、完全に無効化されうる。しかし、連邦議会が法律を制定するまで、部族は、現存する主権を有している。つまり、インディアン部族は、依然として条約や制定法、その従属的な地位に伴う結果として導かれる推論などでは根拠とはならない主権のうち、いくつかの側面を有し続けている[198]」。

　「インディアン部族とプエルトリコの決定的な相違は、連邦関係

---

[196] District of Columbia v.Carter, 409 U.S.418, 430 (1973). Examing Board of Engineers, Architects and Surveyors v.Flores de Otero, 426 U.S.572, 596-597 (1976) も同様の判断を下している。

[197] 992 F.2d 1143 (1993).

[198] *Id*. at 1152.

法がプエルトリコ人民のための自己統治権限を創設したのに対し、インディアン事項を統治するために制定されたいかなる法律も、先住民族自身の自己統治権限を創設したことがない点である。後者について、連邦議会は、現存する部族権限を消滅させる権限を有しているが、未だ行使したことがない。前者について、地方の統治機構を制定するために、連邦議会は、合衆国がスペインから取得した主権的権限を完全に行使している。…（具体例として、判決では、脚注12において、プエルトリコ憲法を採択する前に、連邦議会が憲法のある条項を削除した点を挙げている。—引用者注）[199]」。

「…（一連の法律によって—引用者注）連邦議会は、プエルトリコに対し、地方自治に関する権限を拡大してきた。しかし、それは、連邦統治領としてのプエルトリコの憲法上の地位を、変更するものではない。また、プエルトリコに対する連邦議会の権限の根拠を変更するものではない。連邦議会は、合衆国憲法の領土条項に基づき、統治権限の究極的な根拠を有し続けている[200]」。

このような認識に従えば、「連邦議会は、プエルトリコ憲法、あるいはプエルトリコ関係法（プエルトリコの自治を認めた法律の通称—引用者注）を一方的に廃止し、新たに、連邦議会が選択したルールや規制に置き換えることもできる[201]」。なお、このような懸念が現実化したのが次に取り上げるヤング法案である[202]。

Burger Court は、連邦議会の絶対的権限を支持しつつも、インディアン部族の自治権を積極的に承認する動きを見せていた。島嶼事例では、プエルトリコを州に匹敵する存在として位置づけ、島嶼住民の自治、自律性を容認する判決も見られるが、その背後に控える絶対的権限の法理自体は、消滅していない。結局ところ、Burger Court も、島嶼事例に

---

199 *Id.*

200 *Id.*

201 *Id.* at 1152-1153.

202 House Report No.104-713 Part1, at 11.

関する従来の判断を支持していたことは明らかである[203]。

## ２．３．ヤング法案とその反応

現代において、プエルトリコは、連邦議会の政策判断の結果として自治権を徐々に拡大しつつあるが、依然として究極的な判断権限は連邦議会に帰属する。Rehnquist Court 期に生じた島嶼事例に関する裁判外の動向として注目すべきは、1997年に提出されたヤング法案である。ヤング法案とは、プエルトリコの将来を、プエルトリコ人民による人民投票によって決定することを定めた法案であって、アラスカ州選出の Don Young が提案した（ただし、法案自体は廃案になっている）。

⑴ヤング法案において問題となった箇所は、§4B⑷である。この条文は、プエルトリコの将来構想のうち、プエルトリコが独立を選択した場合にありうる道筋を示した。この条文は、次のように規定している。

> 「合衆国憲法及び合衆国法は、もはやプエルトリコには適用されず、プエルトリコにおける合衆国の主権は終了する。；プエルトリコで生まれ制定法上の合衆国市民権を有する者、プエルトリコで生まれたことによって制定法上の合衆国市民権を取得している者の縁者は、合衆国国籍（nationality）、合衆国市民権の基礎を喪失する。ただし、そのような合衆国市民権を持つ者であっても、合衆国国籍、合衆国市民権を保持する制定法上の権利を、合衆国に継続的な忠誠を誓うことに基づき、連邦議会が承認した権原や選択権によって有する場合は除く。：ただし、そのような人々は、合衆国ではない、

---

[203] Alienikoff (2002), *supra* at 62. また、United States v.Andino, 831 F.2d 1164 (1987) における Torruella 裁判官の反対意見も参照。Torruella 裁判官は、Waller v.Florida, 397 U.S.387 (1970) において、Burger 長官が執筆した法廷意見が「市政府と州政府の関係についての適当なアナロジーは、連邦統治領政府と合衆国政府の関係に見出すことができる」、両者とも「同一の主権」（*Id.* at 393）であると判示していること―対比の例としてあげている対象は州政府ではない―などを挙げ、近年の判例においても、プエルトリコの法的地位が依然として連邦統治領であること、連邦議会が有する究極的な権限に服することを指摘している（*Andino*, 831 F.2d 1164, 1176-1177）。

プエルトリコ共和国を含む他国の、忠誠、国籍、市民的権利を維持する場合には、制定法上の合衆国国籍、合衆国市民権を取得しない[204]」。

この条文は、プエルトリコが独立を選択した場合に、プエルトリコ住民が合衆国市民権を喪失する可能性を示している。この条文は、プエルトリコ住民に対し、「連邦議会は、領土条項の下で授権された権限を行使し、プエルトリコ住民に付与されてきた合衆国市民権を剥奪する[205]」のではないかという懸念を抱かせてしまう。実際、Jennifer Efron は、プエルトリコ住民が独立を選択した場合、制定法によって付与された合衆国市民権を喪失してしまうとして、制定法上の合衆国市民権から、憲法上の合衆国市民権へと階級をあげることを求める訴訟[206]を提起している（ただし、判決では法律上の争訟性がないとして却下）。

⑵このような政治的選択の背景には、連邦議会が有している絶対的権限の法理が存在している。この法案に関する報告書は、次のように述べている。

「プエルトリコにて出生した者が取得している現在の合衆国市民権は、連邦議会によって創設、定義されたものである。その連邦議会の行為は、領土条項の行使及びパリ条約６条の実施に基づく。プエルトリコに対する権限行使の際に、連邦議会は、プエルトリコにおいて出生した人々を、合衆国国籍（nationality）及び市民権に関する合衆国法に服する合衆国市民として定義することにした[207]」。

確かに、連邦議会が有する権限であっても、「恣意的、不合理なやり方で行使することはできない。しかし、現在の合衆国市民権が保障される、あるいは将来の連邦議会であっても取り消すことができないという

---

[204] House Report No.105-131, Part1, at 4.

[205] Efron v.United States, 1 F.Supp.2d 1468, 1469 (1998).

[206] *Id*.

[207] House Report No.105-131, Part1, at 13.

主張は恐ろしくミスリーディングである。そのような制定法上の地位は、パリ条約６条を実施するために領土条項の下で授権された合衆国憲法上の権限を、将来の連邦議会が行使すること、適切な責任を担うことを縛るものではない[208]」。

また、ヤング法案の共同提案者であるGeorge Miller議員も、H.R. 856の公聴会において、「究極的には、連邦議会自身が、明確な方向性を決定する[209]」と発言している。

⑶プエルトリコ住民は合衆国市民権を有しているが、第14修正に基づくものではなく、あくまで連邦議会が付与したもの[210]であるから、連邦議会は、自らの権限の行使の結果として、プエルトリコ住民に付与した合衆国市民権を剥奪できる。実際に連邦議会がこの選択肢を実行するかどうかは別として、このような政治的判断も理論上は可能である。

したがって、同じ合衆国市民権であっても、制定法によって取得した場合と、合衆国憲法によって取得した場合では、格が異なる。Efronの主張は、制定法上の合衆国市民権を「アップグレード[211]」することを求めたものである。

同じ合衆国市民権であっても格が異なるという主張は、Rogers v. Bellei[212]において、既に現れている。これは、合衆国市民を父とするイタリア生まれのBelleiが、一定期間合衆国内に居住しなかったことによって、合衆国市民権を喪失したことについて、合衆国市民を父とする海外生まれの者に対し、合衆国市民権の維持のために、一定の居住要件を課す法律が違憲であると主張した事例である。法廷意見は、Belleiが第14修正が定める出生地主義の対象ではなく、連邦議会が定めた制定法上の効力によって合衆国市民権を取得した者であることを指摘した後

---

208 House Report No.104-713, Part1, at 34.

209 http://commdocs.house.gov/committees/resources/hii40445.000/hii40445_0.htm

210 プエルトリコに対する合衆国市民権の付与については、第６章参照。

211 Lisa Maria Perez, *Citizenship Denied: The Insular Cases and the Fourteenth Amendment*, 94 Virginia Law Review 1029, 1032 (2008).

212 Rogers v.Bellei, 401 U.S.815 (1971).

に[213]、合衆国市民権を取得するルールを決定する権限が連邦議会に帰属することを指摘し[214]、二重国籍を回避するためには、当該規定には特に不合理な点はないと結論を下している[215]。

ヤング法案の逐条解説では、Bellei 判決を引用しながら、プエルトリコ住民に付与された合衆国市民権はあくまで制定法上のものに過ぎないため、プエルトリコが独立を選択した場合には、連邦議会は、プエルトリコ住民の合衆国市民権の喪失についても合衆国憲法上の制約がないと指摘している[216]。このように、プエルトリコ住民の法的地位は、不安定な状態のままに放置されている。

⑷上記のヤング法案のように、合衆国内では、プエルトリコの法的地位をめぐって、政治の領域では、たびたび議論が展開されている。その背景には、合衆国内では、文化的、民族的な違和感から、合衆国の州として受け入れることに対する拒否反応も含まれている。州昇格反対派の主張の概要は、以下のとおりである。

スペインから割譲された歴史を持つプエルトリコの主要言語は、英語ではなく、スペイン語である。したがって、英語を母国語とすべきと主張し、主にヒスパニック系移民に対する二言語教育を批判する運動を展開する人々にとっても、スペイン語を母語とする人々を多く抱えるプエルトリコを州として認めることは、受け入れがたい。国家の統合のためには共通言語が必要であって、プエルトリコ住民は合衆国市民としてのアイデンティティを有していない。したがって、独自の言語と文化を有するプエルトリコが州になれば、第二のケベックとなる[217]。

---

213 *Id*. at 827.

214 *Id*. at 828-831.

215 *Id*. at 831-832.

216 House Report No.105-131, part1, at 36-38.

217 ジェイムズ・クローフォード（著）/ 本名信行（訳）『移民社会アメリカの言語事情 英語第一主義と二言語主義の戦い』（ジャパンタイムズ・1994年）363-364頁、阿部小涼「ポストコロニアル・プエルトリコ 1998年住民投票をめぐる考察」遠藤泰生 = 木村秀雄（編）『クレオールのかたち』（東京大学出版会・2002年）75頁、岡田光世「州か自治領かで揺れるプエルトリコ」世界週報新春合併号81頁（1999年）。

なお、1998年に実施された拘束力のない住民投票では、州昇格という選択肢は46.5パーセントの支持を集めたが、最終的に過半数を獲得したのは、「どれでもない」という選択肢であった。これは、州昇格を支持するプエルトリコ知事及び与党に対向するために、現状維持を主張する野党が投票をボイコットするように呼びかけたことに起因するが、結論としては現状を追認することになった[218]。

しかし、州昇格支持派は「どれでもない」という選択肢を除いた中で最多得票を得たことを理由に、現状維持派は「どれでもない」が最多得票を得たことを理由に、どちらも勝利を宣言するなど、1998年の人民投票をどのように把握するのか、という問題は複雑である[219]。明らかなことは、独立を熱心に支持する者の割合は高くない点である。結局、プエルトリコはコモンウェルスとして大幅な自治権が認められているが、現在も本質的には植民地のままである[220]。

---

[218] 阿部小涼「ポストコロニアル・プエルトリコ 1998年住民投票をめぐる考察」遠藤泰生＝木村秀雄（編）『クレオールのかたち』（東京大学出版会・2002年）67-68頁。

[219] 同・68頁、岡田光世「州か自治領かで揺れるプエルトリコ」世界週報新春合併号78-80頁（1999年）。現状維持派と州昇格派の主張は、以下のとおりである。
・現状維持派の主張：プエルトリコ住民は、合衆国市民権を有している。また、連邦政府からの経済的援助も受け、合衆国の州よりは生活レベルは低いものの、カリブ海地域では最高レベルである。さらに、プエルトリコ住民は、独自の文化を有し、スペイン語を話す。仮にプエルトリコが合衆国の州となったならば、プエルトリコはアメリカ化する。すなわち、プエルトリコ独自の文化が失われ、英語を話さなければならなくなる。
・州昇格派：プエルトリコ住民は合衆国市民であるが、合衆国市民としての地位も、合衆国の制定法上の地位に過ぎず、連邦議会の判断次第では合衆国市民権を喪失する可能性もある。また、プエルトリコは、連邦議会に代表を送っているが、あくまで投票権がない代表に過ぎない。プエルトリコ住民は、合衆国大統領選挙にも投票資格はない。確かにプエルトリコ住民は合衆国市民であるが、二級市民に過ぎない。

[220] 北原仁「占領と憲法―カリブ海諸国とフィリピン（1）」駿河台法学23巻２号138-139頁（2010年）。

### ３．小括

本章では、合衆国において異質な他者として扱われているアメリカ・インディアンと島嶼住民の法的地位が、合衆国市民の範囲の問題に関して20世紀の後半にどのように変容したのか、について検討した。

⑴アメリカ・インディアンは、合衆国建国当初は外国に匹敵する政治的存在として位置付けられていたが、合衆国の拡大によって、合衆国に併呑されるようになった。それでも部族主権を有しているという建前の下、「国家内の依存した国家」としての地位を形成していた。

合衆国に併呑された現代では、「部族主権」は、インディアンの自治権を削り取ろうとする連邦議会の絶対的権限に対抗する根拠として機能している。

20世紀後半に勃興した多文化主義及び社会運動の結果として、政治部門は、インディアン部族の自律的領域が拡大する政策を展開した。裁判所は、人種に着目する Burger Court 期には、通常の合衆国市民とは異なる処遇を求めるアメリカ・インディアンの要求を、部族主権を区別の根拠として用いることによって承認していた。しかし、人種に目をつぶる Rehnquist Court 期には、インディアン部族を、一般の合衆国市民と同等の立場に置くという認識の下、インディアン部族の自律的領域を縮小する判決を展開している。また、ハワイ先住民族は、インディアンではないため、特別扱いをするための正当化根拠を欠くという問題が残っている。

⑵合衆国がプエルトリコやハワイなどの島嶼地域を取得した19世紀末から、連邦議会は、判例上認められた絶対的権限の下、島嶼地域に居住する人々を、合衆国本土の合衆国市民とは異なる処遇を行っていた。この背景には、文化的、言語的な側面から、本土の一般合衆国市民とは異質な他者である島嶼住民に対する差別、偏見がある。

20世紀後半には、プエルトリコは、コモンウェルスという特殊な地位の下、自治権を漸進的に拡大してきた。判例も、自己統治範囲の拡大を認めている。

しかし、ヤング法案に関する応答の箇所で検討したように、現実政治でも、絶対的権限の法理は消滅していない。島嶼地域の統治権限が、究極的には連邦議会の判断に服することが前提であって、合衆国市民権の

剥奪も可能である。また、プエルトリコの州昇格に対する保守系論客からの反対に見たように、合衆国の本土とは異なる文化的背景を持つ人々に対する拒否感情も存在している。

このように、島嶼住民は、合衆国市民一般にとって異質な他者であり続けている。自己と他者の区分という発想自体は、本質的には否定されていない。

⑶本章が扱ったインディアン及び島嶼住民は、合衆国の構成員として取り込まれた後も、異質な他者として扱われている。連邦議会は、絶対的権限の行使の結果として、合衆国市民一般とは異なる処遇を認めている。その結果、合衆国の構成員に階層を認めている。つまり、同じ合衆国市民であっても、合衆国市民としての権利が保障されない場合が存在することを認めている。合衆国市民の階層については、合衆国憲法上規定されたもの[221]などもあるが、例えば、陪審による裁判を受ける権利を島嶼住民に否定することについて、十分な根拠があるとは思えない[222]。したがって、階層に応じた権利保障の論理を前提とする限り、合衆国市民の範囲設定の問題、すなわち、合衆国市民としての権利保障を享受する能力を持つ者は誰なのかという問いかけは消滅していない。

これは、二級化した合衆国市民―本来、合衆国市民権に付着するはずの権利、利益が十分に保障されていない者―の問題である。この問題は、Warren Court 再検討へと繋がる。この問題については、次に扱う。

221 例えば、合衆国憲法第２編第１節５項では、出生による合衆国市民でなければ大統領に就任する資格を持たないと定めている。ほかにも、連邦議会議員は、各州から選出されることになっているため、連邦統治領から正式な代表を送ることはできない。

222 なお、この事例については、20世紀前半の島嶼事例の問題として扱った。

論　　説

# 税理士制度と納税環境整備（8）

## ── 税理士法33条の2の機能 ──

川　股　修　二

目　　次

## 第４章　税理士法33条の２（書面添付制度）の役割

前述のとおり、租税の専門家である税理士を取り巻く環境は、税法の複雑化や取引の国際化によって、急速に変化してきている。税理士制度もそれに追随すべく、幾度もの制度改正をしてきた。そのことは、税理士業務を多様化させ、税理士のビジネス・チャンスを増加させたが、一方で、税理士の抱える問題を増幅させた。税理士は、これらの問題を税

理士制度上や専門家として維持すべき原則において解決し、付随するリスクを適切に管理し、軽減する必要がある。他方、税理士は、独立した公正な立場で申告納税義務の適正な実現を図るという公益的な使命をもっている。この税理士の使命や役割を考えるとき、専門家として納税者の信頼にこたえること、また、税理士の公共的使命を全うすることの二面性を調和しながら、直面する問題を解決する方法の検討が必要である。こうした観点から注目されるのが、平成21年度改正で運用が強化された、税理士法33条の２[1]の「書面添付制度」である。

税理士法33条の２は、税理士の権利として「書面添付制度」を規定している。この制度は、昭和31年を起点として、平成13年の税理士法改正を経て数次に改正され、すくなくとも、税務行政庁、税理士、納税者のそれぞれの問題解決のために納税環境を整備するための趣旨をもつ制度として存在してきた。しかしながら、課税庁と税理士（会）との政治的な駆け引きから、この制度自体が有効に機能されなかった、否、機能させなかったという経緯がある。ところが、平成21年に運用が強化され、一躍、この「書面添付制度」が税務行政庁、税理士、納税者のそれぞれの問題解決のための納税環境を整備していく可能性が示現してきた。それゆえ、本章では、税理士法33条の２「書面添付制度」が税理士の抱え

[1] 税理士法33条の２（計算事項、審査事項等を記載した書面の添付）
１項　税理士又は税理士法人は、国税通則法16条第１項第１号に掲げる申告納税方式又は地方税法１条第１項第８号若しくは第11号に掲げる申告納付若しくは申告納入の方法による租税の課税標準等を記載した申告書を作成したときは、当該申告書の作成に関し、計算し、整理した又は相談に応じた事項を財務省令で定めるところにより記載した書面を当該申告書に添付することができる。
２項　税理士又は税理士法人は、前項に規定する租税の課税標準等を記載した申告書で他人の作成したものにつき相談を受けてこれを審査した場合において、当該申告書が当該租税に関する法令の規定に従って作成されていると認めたときは、その審査した事項及び当該申告書が当該法令の規定に従って作成されている旨を財務省令で定めるところにより記載した書面を当該申告書に添付することができる。
３項　税理士又は税理士法人は、前２項の書面を作成したときは、当該書面の作成に係る税理士は、当該書面に税理士である旨その他財務省令で定める事項を付記して署名捺印しなければならない。

る問題解決に与える可能性について検討をする。

## 第１節　税理士法33条の２「書面添付制度」の沿革

### 第１款　立法化された背景

税理士法33条の２「添付書面制度」創設は、税理士会からの要望[2]であった。この要望は、税理士の既得権益の拡大、つまり、税理士の業務拡張を意図していた。歴史的に、この制度は昭和24年の日本税務代理士会連合会の税務代理士法改正要綱案で主張されたことから始まった。しかし、昭和23年施行の公認会計士法との関連[3]から監査制度の立法の混乱にな

---

[2] 昭和28年８月26日に日本税理士会連合会会長名で関係官庁に提出された税理士法改正要望書において以下のような「税務監査」に関する部分がある。次の事項を税理士業務に追加せられること。税理士は、他人の求めに応じ、税務計算書類の監査又は証明を業とすることができる。
（理由）税理士法第33条によれば、税理士が税務代理及び税務書類の作成をした場合に署名押印をして、その責任を明らかにすることになっているが、更に税理士が職業的専門家として税務計算書類（添付書類を含む）を監査し、公正不偏の立場においてその当否を批判し、監査の概要と監査の意見を以てその結果を監査報告書に明瞭ならしめれば、これによって税務官庁の調査を簡易に為し、事務の能率を向上せしめ、以て徴税費を軽減し納税義務を適正に実現することができる。さらに、識者による審議会または調査会の設置を提言し、次の各事項を慎重審議する必要があるとした。①税務計算書類の監査の意義 ②税務計算書類の監査と公認会計士法の財務書類監査との区別 ③税務計算書類の監査の範囲 ④税務計算書類の監査の効果および責任 ⑤税務監査書類の監査の基準 ⑥税務計算書類の監査の実施準則 ⑦税務計算書類の監査証明に関する規律 ｉ特別利害関係ある証明禁止規定 ⅱ税務計算書類監査報告書の規定 ⅲその他必要事項 ⑧その他税務書類の監査証明の施行についての必要な諸規定。

[3] 日本税理士連合会編「税理士制度沿革史（増補改訂版）」ぎょうせい、1987年、115～120頁。（大蔵省見解の抜粋概要）
「会計書類については公認会計士の監査が、いわば最終の監査であり、これによって投資家等の利益が保護されるのであって監査証明の制度は意義がある。しかし税務書類については、税務官公署が最終的監査を行うのであり、この意味で税務書類については制度上第三者たる独立職業会計人の監査証明を必ずし

るとの批判を受け、シャウプ第二次勧告[4]では、税務代理士の本質を損

---

も必要とされない。ただ、税務書類の作成に独立会計人が関与し、その責任を明らかにすることは税務官公署との間において納税義務の円滑化をはかる上において効果的である。したがって、税務書類の作成について責任を持つ独立職業人を育成することは税務行政上意義があると思われる。ただこの点について疑点があるのは、これを第三者的な監査証明の制度として考えるか、納税者の補助的なものとして考えるかである。これについてはすでに述べたように、税務書類の監査は最終的には税務官庁が行うものであり、その前段階において納税者から独立した第三者としての独立職業者による監査はその必要がない。したがって、これは単に税務官庁と納税者との間において双方に協力するものとしての第三者の立場を明らかにする意味においてその関与の内容を明らかならしめることにより、その協力的機能を認めるための制度として検討することがよいのではないか、このように考えるならば、税理士にいわゆる監査証明の途を開くとしても、その内容は公認会計士の監査証明とは異なるものであり、単に税務書類の作成にどの程度関与したかの事実及び関与した範囲において税務書類の内容が正しいと思う旨の意見を税務官庁に表明する制度を開けばよいであろう。同時に税理士が関与した範囲において、税理士の責任を明らかにするための懲戒責任を明定することが必要である。又国税庁試案のように、税理士が関与し、意見を表明した案件について更正決定を行うときは税理士の意見を求め、その関与した事項に誤りがあるときは税理士の責任を追及するものとすればよいであろう。」（千葉寛樹＝藤田時人『税理士法改正による　書面添付制度の活用と記載例』新日本法規、2002年、５～６頁。）

[4] これに関連して、申告書、帳簿及び記録を税法に従った正しいものとし認証する資格のある「税務公証士」のような新しい職種の納税者の代理者を設けることは、望ましくないように思われる。このことは、弁護士や税務代理士のように会計専門でない者が、右のような地位につく資格を認められる場合においては、特にそうである。帳簿や記録の検査は、会計士の仕事であり、会計専門家に限定されるべきものである。のみならず、申告者を法律的に正しいものとして認証することは、納税者の代理者本来の職務ではない。代理者の任務は、納税者が正しい申告書を提出することができるように、最善の努力を払って納税者を助けることである。申告書の正確さを確かめることは、税務行政の問題であって、私的団体に委任することができない。（社団法人 神戸都市問題研究所地方行財制度資料刊行会編「シャープ使節団日本税制報告書 附録巻第４編Ｅ節附帯問題第４巻 納税者の代理」『戦後地方行財政資料 別巻１シャープ使節団日本税制報告書』勁草書房、1983年、287頁以下。

なう新しい職種資格制度の設置となり、そうしたものならば必要ないとされて実現しなかった。

その後、税理士会は、昭和31年の税理士法改正に至るまで、この税務書類の監査証明業務の拡大を積極的に国税庁および衆議院大蔵委員会へ陳情した。このように国側からの批判の多い制度が立法化された理由は、租税政策上の問題ではない。この時代の国税庁、計理士会、税理士会に抱えていた諸問題[5]、すなわち、計理士や税務職員の退職後の税理士登録問題の解決する手段として、政治的な調整策として、「税務書類の監査証明」である「税理士法第33条の２」が誕生したのである[6]。昭和31年３月には、改正要綱案[7]が閣議決定し、６月に参議院を通過して成立した。しかし、調整策としての立法であるが故に税理士会が望んだ機能を達することはできなかった。つまり､税理士が作成した税務関係書類につき、企業会計を基礎とした上での監査証明を行うことで、税務調査を省略して、税務行政の簡素化に資するという機能はなかったのである。

国会の政府答弁[8]では、計算事項等を記載した書面の添付制度は、税理士が、申告書の作成に関してどの程度内容を調査し責任を持って作成

---

5 ①国税庁側の問題・全国国税労組からの国税に従事する職員の退職後の税理士登録問題、②計理士会側の問題・計理士の計理士法廃止に伴う税理士登録問題、③税理士会側の問題・国税庁問題や計理士会問題は、税理士会においても警戒すべき問題となる。

6 森井義之「『税理士法33条の２』が立法化された背景についての一考察」TKC 会報、1995年７月号49頁。

7 改正要綱は、つぎのとおりであった。

(1) 税理士は、所得税又は法人税等の申告書を作成した場合には、これらの申告書の作成に関し、計算し、整理し、又は相談に応じた事項を記載した書面を添付することができるものとする。

(2) 税務官庁は、一の書面の添付してある申告書に係る課税標準又は税額について、当該税理士が計算し、整理し、又は相談に応じたものとして記載してある事項に誤りがあると認めて更正決定するときは、あらかじめ当該税理士に意見を述べる機会を与えなければならないものとする。

(3) 以下略。

8 参議院大蔵委員会（昭和31年３月27日）会議録より、答弁者は、大蔵政務次官である山手満男政府委員。

したものであるかについて、その責任の程度を明らかにするとともに、税務に関する専門家である税理士が計算し、整理し、又は相談に応じた事項を記載した書面を添付できるようにしたものであるとし、また、税務行政庁もこれを尊重することとして更正前の意見聴取制度を創設したのであり、これにより、税務行政の円滑化に資するとともに、税理士の地位の向上を図ることを目的としたものとしたと述べている。しかしながら、国側は「なお、この制度により税理士に意見を述べる機会を与える措置の有無と更正決定の効果との関係につきましては、上述のような趣旨にかえりみ、更正決定の効力に影響を及ぼさないものと考えられるのでありますが、この際その旨を法文上明らかにすることとしているのであります。」として税務行政庁の処分等に対しては、影響を及ぼさないように法整備をおこなった。その結果、税理士会の意図とは裏腹に、その機能は封じ込められ、かつ、不十分であった。また、当時の参議院大蔵委員会で、この書面添付制度と公認会計士の監査証明制度との異同についての質問に対して、渡辺大蔵省主税局長は「公認会計士の監査証明の制度と今度の書面添付の制度とは性格が全然異なったものだと思っておる。監査証明の制度というのはもうすでにご承知のように公認会計士が会社の経理を監査して、これが正しいということを証明するわけである。今度の制度は納税義務者にかわって、たとえば申告書を作成した場合において私はこういう程度の関与をしたということを示すだけであって、経理の監査というものを証明するとか、しないとかという問題とは全然別個の話であって、我々としてはこれが全然別個な問題だというふうに解しております。」と答弁している。このように、会計士制度に配慮するかたちで税理士の証明業務への参入は排除された。

## 第２款　改正の経緯

### 第１項　昭和55年改正

昭和55年改正では、税理士法は、税理士法１条を「税理士の責務」から「税理士の使命」へと改正した。さらに、改正作業の最終局面において「申告納税制度の理念にそって」という文言が挿入された。申告納税制度とは、税務当局の処分により税額が決定される賦課課税方式とは異

なり、納税者が自主的に課税標準、税額等を計算し、これを申告書に記載して提出すれば、その時点で納付税額が確定する制度である。すなわち、主権者たる納税者みずからに租税債務を確定する権能を認めたものである。そして、この税理士法の大きな改正のなかで、税理士会からの要望としてではなく、政府の提案として、（下線部は筆者）税理士法33条の２第２項[9]（審査事項等を記載した書面を添付する制度）が提案され創設された。同時に、税理士は、税理士業務に付随して、財務諸表の作成、会計帳簿の記帳代行等の会計業務を行うことができる旨の規定も新設された。この規定が設けられた趣旨は、「租税法に基づく税務計算が、企業の会計経理に関する知識を踏まえてその基礎の上に租税法に定められた納税義務の計算を行うもので、税理士の実際上の業務は、財務書類の作成や記帳の代行と極めて密接な関連があり、これらの業務と併せて税理士業務を行っている実態にあるため、こうした現実を踏まえて、税務書類の作成、税務相談という本来の税理士業務の委嘱を受けた納税義務者についてその税理士業務に付随して会計業務を行うことができることを、いわば、確認的に明らかにすることにより、税理士の税務会計面における専門家としての地位を高めることにある。」としている[10]。すなわち、財務書類が税務書類の一部として、租税に関する法令の規定に基づき、作成し、かつ、税務官署に提出する申告書等に含まれることになったと確認されたのである。そもそも、シャウプ第二次勧告[11]では、公認

[9] 他人が作成した申告書に対する書面の添付制度の創設
税理士は、他人の作成した申告書につき相談を受けて審査した場合において、当該申告書が租税に関する法令に従って作成されていると認めたときは、審査した事項を記載した書面をその申告書に添付することができることとし、税務署長等は、その申告書に係る租税について更正する場合に、その基因となる事実について税理士が審査したと認められるときは、原則として、あらかじめ、税理士に対し意見を述べる機会を与えることとする制度を設ける。

[10] 日本税理士会連合会『税理士法逐条解説（６訂版）』2010年、29頁。

[11]「公認会計士のように、帳簿を検査するだけの能力のある代理者は、その仕事の一部としてこのような検査をしてきたかもしれないが、納税者の代理とは、納税者の帳簿や記録を検査することを、必ずしも意味していない。」との記載からも、税理士、計理士、会計士と複数の会計専門家の存在から専門領域が不

会計士が帳簿の検査能力がある職種され、税理士は、必ずしも納税者の帳簿や記録を検査するのではないと位置づけられていた。しかし、青色申告制度の導入を経て、すでに明文化されていた法人税法の公正処理基準[12]や租税法の財務書類の作成規定（法人税法施行規則53条、57条・所得税法60条、61条）を基礎とした上での税務申告がなされている実状を踏まえて、税理士が税理士業務と付随して行った会計業務は、会計業務を業とする専門家の業務として、税理士法上に位置づけられ整備がなされたといえる。

この税理士法33条の２第２項（審査事項等を記載した書面を添付する制度）につき、他人の作成をしたものについて審査をするという点で会計士が監査をするのと同じような形になる新しい要素を引き入れているため税理士の業務の変質につながっているのではないかと国会審議において指摘された。これに対して、当時の福田幸弘政府委員（大蔵大臣官房審議官）は、他人の作成した申告書を審査した場合の書面添付における審査対象の申告書には財務書類は含まれないと説明している。その上で、この規定は、税理士の地位向上の一環の問題であり、税理士自ら作成した申告書ではなく、例えば、会社の経理部で作成した申告書等が想定され、税理士が租税の法令に基づいているか否かを「税務監査」することによって書面添付制度の活用となり、その結果、更正決定の前に意見聴取、つまり、税理士からその申告書に記載された事項について、更正決定前に答弁の機会を与えることが必要になると答弁した。また、そのことを税務官署が尊重することで、税理士の地位向上また納税者に対する援助の一つの進歩のあらわれであると説明している。さらに、審査した書面の添付制度の審査対象となる範囲は、申告の基になった財務諸表に遡及するかどうかの問題について、福田幸弘政府委員は、「その申告書が租税に関する法令の規定に従っているかどうかを審査するために

明確であったが窺える。（社団法人 神戸都市問題研究所地方行財制度資料刊行会編「シャープ使節団日本税制報告書 附録書 F 納税者の代理」『戦後地方行財政資料 別巻１ シャープ使節団日本税制報告書』勁草書房、1983年、74頁以下）。

[12] 昭和42年度の税制改正で、法人税法22条４項は、「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」により計算される旨の基本規定が設けられた。

財務書類にさかのぼって確かめる必要がある場合」があることを認めながらも、「租税法に基づいて適正に申告書が作成されているということを審査するという趣旨」であると、公認会計士の独占業務に配慮するかたちで説明した。これは、税理士の付随業務での会計業務の専門性が、この改正で確認されたところを考慮すると、合理的な理由に欠け、いささか苦しい答弁に思われる。その他、審査事項等を記載した書面を添付する制度の創設は、税理士に税理士を審査させることによって、また、税理士が関与していない納税者の申告書を審査させることによって、課税庁の仕事を下請けさせることを目的としているのではないかという指摘もあったが[13]、政府委員の「この規定は納税者にとりましても、特に税理士さんの今後の性格から見ても重要な規定であると考えています。どう今後運用されるかできるだけ活用していただきたい、また税務官署もこれを尊重する態度をとるべきであろう、こう思っております。」という説明のもと法制化されたのである[14]。

### 第２項　平成13年改正

昭和55年までに改正された制度、つまり、「更正前の意見聴取制度」は、ほとんど利用されることがなかった。それは、国税庁側の答弁によると、税理士側の問題点として指摘された。税理士が書面を添付する顧客と添付しない顧客とを選別することになり、納税者との信頼関係を損なう懸念をもったこと、また、書面添付がある場合、更正前に税理士の意見を聴取するという制度は、さほどのメリットとはならないこと、さらに、

---

[13] 昭和55年４月１日参議院大蔵委員会のおける高橋政府委員は「いま、税務職員が行うべき申告書の審査を税理士に下請させようとするものではないかというお話がございましたけれども、そうではございませんで、御自分で申告書を書いた納税者が、税法、法律上適法なものかどうかということで、事前に税理士さんに意見を求めるわけでございますから、しかもそれについて税法上適法に作成されておるという御意見をつけていただくわけでございますから、納税者の方々の援助に資する制度であるというのが、この条文を新しく御審議願っておる趣旨でございます。」と説明している。

[14] 福田幸弘政府委員（大蔵大臣官房審議官）昭和54年６月１日衆議院大蔵委員会の発言

書面に虚偽記載があった場合には懲戒の対象となること等がその理由とされた[15]。

一方、税理士側からは、書面添付制度の利用が促進しなかったのは、制度設計上の問題であり、書面添付を行った場合の法的効果である税理士法35条の更正処分前の意見聴取制度が実務上の実益がなかったことが指摘された。そもそも、更正処分前の意見聴取制度は、税理士法33条の２に規定する計算事項等を記載した書面及び審査事項等を記載した書面が添付されている申告書について、税務署長等が更正しようとする場合には、税務署長等はこれらの書面を添付した税理士に対し意見を述べる機会を与えなければならないとする制度である。しかし、更正処分は税務調査を実施した上で行われるのが通常であり、税理士は税務調査の立会いを通じて意見を述べることが可能であるので、書面添付を行わない場合であっても更正前に意見を述べる機会は事実上与えられている。また、税務調査において非違事項の指摘があった場合には、必ずしも更正処分が行われるわけではなく、実務上は、税務官公署職員の慫慂により修正申告書を提出することが多いという事情がある。これらのことから、更正処分前の意見聴取制度は、税理士及び納税者にとって必要とされなかったのである。そこで、日本税理士会連合会は、平成元年ころから、次の税理士法改正に関する検討を行い、平成８年に「税理士法改正に関する意見（タタキ台)」を公表した。そのなかで、「計算事項、審査事項等を記載した書面の添付」に関して、「税務官公署の職員は、法33条の２に規定する書面が添付された申告書を提出した者につき、当該申告書に係る租税に関し調査する場合には、あらかじめ当該税理士の意見を述べる機会を与えなければならない」とする改正案[16]を示していた。この

---

[15] 参議院財政金融委員会（平成13年４月５日）大武健一郎（国税庁次長）「現在、いわゆるきちっとした統計がとれておりませんので明確な数字はわからないのでございますが、過去のデータによりますと、残念ながら現在でも計算事項等を記載した書面添付はごく少数にとどまっているんじゃないか。例えば平成４年度の数値で申しますと、全体で0.6％程度しかまだ普及していない、こういう事態でございます。」という答弁がある。

[16] 「『税理士法改正に関する意見（タタキ台)』の審議状況について（報告)」〈日本税理士会連合会制度部〉平成８年12月20日（抄）

要望を受けて、大蔵省主税局において法律案の起案作業が行われ、「税

---

計算事項、審査事項等を記載した書面の添付（第33条の２）
この規定制定の主旨を活かすために、税務官公署は当該申告書に関し調査をする場合は、これを尊重する趣旨から、あらかじめ調査着手前に事前に当該税理士に対し意見を述べるよう求め、かつ、これを尊重することとし、解明されないときにのみ調査に移行することとすべきである。
（改正案）第33条の２第４項
税務署長（当該調査が国税庁又は国税局の当該職員においてされるものであるときは、国税庁長官又は国税局長）又は地方公共団体の長は、第１項又は第２項により記載した書面が添付された申告書を提出した者につき、当該申告書に係わる租税に関し調査する場合には、あらかじめ当該税理士に意見を述べるよう求め、かつこれを尊重しなければならない。
（タタキ台に対する会員等の意見）
タタキ台に賛成と反対がおよそ同じくらいである。
(1) 是とする理由
①タタキ台における趣旨と同じ理由によって賛成するものが多い。
②税務官公署に書類の信頼度を与えるためにも必要。
③よく当局と納税者、税理士の三者の信頼関係が言われており、そのためには法的手続きの整備が重要な担保となる。
④法33条の２の書面添付をした税理士に対しては当該申告書に対し税務当局がそれなりに配慮をすることは、税理士制度の本旨に適うものと言える。
⑤本条は現行法にもある制度であり、税理士に強制する制度ではない。
(2) 否とする理由
①書面添付によって調査省略を目指すもののようであるが、調査権は税務官公署の固有の権限であり、調査省略の保証はない。すなわち、この制度により調査省略を目指すことは無理である。
②この書面に故意又は過失により虚偽の記載をしたときは、懲戒処分の対象（第46条）となることから、この制度は効果の小さい割に税理士の責任が大きい。
③書面添付の有無により、税理士が自己の依頼者を選別する結果となり、納税者との信頼関係を損なう恐れがある。
④この書面添付制度は一種の税務監査制度に類するものと考えられるが、現行税理士制度は納税者の代理人制度として構成されており、税務監査は基本的には我が国の税理士制度にはなじまない制度と考えられている。
⑤書面に記載した事項に係る損害賠償責任につき検討する必要がある。
⑥第30条の規定による書面を提出している当該税理士が適法な代理権を有す

理士法の一部を改正する法律案」が閣議決定された[17]。そして、最終的には、条文中、それまでは「当該申告書に関し・・・」となっていたと

---

ることを税務官公署に通知している場合、第33条の２の書面添付により「意見聴取」の差別をするべきでない。

⑦税理士法第35条（意見の聴取）を「タタキ台」のように改正すれば書面添付制度の存在価値は消滅する。

*条件付き賛成の中に第45条及び第46条も改正（もしくは削除）することを望む意見がある。

（日税研・検討報告書）

「タタキ台」が現行の第33条の２第１項の計算事項等および第２項の審査した事項等について、「税務官公署もこれを尊重することにより、税務行政の簡素化と円滑化を図ることを目的としたものである。」と評価し、改正案を提案することによって、その趣旨を、より充実したものとしようというのであれば、改正案の第33条の２第４項中の「あらかじめ当該税理士の意見を述べる機会を与えなければならない。」との文言は、「税務官公署の当該職員」が、ただ、「意見を述べる機会を与えなければならない」という消極的なものとして措置するのではなく、積極的に意見を求め、これを尊重する趣旨を明らかにすることができるように、「あらかじめ当該税理士に意見を述べるように求めなければならない。」とか、「あらかじめ当該税理士に意見を述べるよう求め、かつ、これを尊重しなければならない。」としたらどうか。また、第35条４項も同じ趣旨。（宮川雅夫『新書面添付制度の理論と実務』日本税理士連合会編集、税務経理協会、2002年、15 ～ 17頁）。

[17] 税理士法の一部を改正する法律案要綱（平成13年３月９日・閣議決定）（抄）
最近の税理士制度を取り巻く状況の変化を踏まえ、納税者利便の向上に資する信頼される税理士制度を確立するため、次により税理士法の一部を改正することとする。< 中略 >
四　計算事項、査事項等を記載した書面添付に係る意見聴取制度の拡充
税務官公署の職員は、計算事項、審査事項等を記載した書面（以下「添付書面」という。）の添付のある申告書を提出した者について、当該申告書に係る租税に関しあらかじめその者に日時場所を通知してその帳簿書類を調査する場合において、当該租税に関し税務代理の権限を有することを証する書面を提出している税理士があるときは、当該通知をする前に、当該税理士に対し、当該添付書面の記載事項に関し意見を述べる機会を与えなければならないこととする。（第35条関係）< 以下略 >。

ころが「当該添付書面の記載事項に関し・・・」と変更された[18]。このことにより、意見聴取は税理士の作成した添付書面の記載内容について行われるものであることが明確になり、事前通知前の意見聴取は個別税法に基づく質問検査権の行使ではなく、税理士法に基づく税理士の固有の権利として専門家である税理士に意見を述べる機会を保証するためのものであるという法的な意義が確定したものといえる。さらに、国会の審議過程において、大武健一郎氏（当時の国税庁次長）は、「意見聴取制度の確立により添付書面に記載された事項に対して疑義が解決した場合、問題点がなくなった場合は、原則として、税務調査は終了すること

---

[18] 法第35条（意見の聴取）
税務官公署の当該職員は、第33条の２第１項又は第２項に規定する書面（以下この項及び次項において「添付書面」という。）が添付されている申告書を提出した者について、当該申告書に係る租税に関しあらかじめその者に日時場所を通知してその帳簿書類を調査する場合において、当該租税に関し第30条の規定による書面を提出している税理士があるときは、当該通知をする前に、当該税理士に対し、当該添付書面に記載された事項に関し意見を述べる機会を与えなければならない。
２　添付書面が添付されている申告書について国税通則法又は地方税法の規定による更正をすべき場合において、当該添付書面に記載されたところにより当該更正の基因となる事実につき税理士が計算し、整理し、若しくは相談に応じ、又は審査していると認められるときは、税務署長（当該更正が国税庁又は国税局の当該職員の調査に基づいてされるものである場合においては、国税庁長官又は国税局長）又は地方公共団体の長は、当該税理士に対し、当該事実に関し意見を述べる機会を与えなければならない。ただし、申告書及びこれに添付された書類の調査により課税標準等の計算について法令の規定に従っていないことが明らかであること又はその計算に誤りがあることにより更正を行う場合には、この限りでない。
３　国税不服審判所の担当審判官又は地方公共団体の長は、租税についての不服申立てに係る事案について調査する場合において、当該不服申立てに関し第30条の規定による書面を提出している税理士があるときは、当該税理士に対し当該事案に関し意見を述べる機会を与えなければならない。
４　前３項の規定による措置の有無は、これらの規定に規定する調査に係る処分、更正又は不服申立てについての決定若しくは裁決の効力に影響を及ぼすものと解してはならない。

になる」という答弁をしている[19]。

---

[19] 平成13年４月５日参議院財政金融委員会会議録８号
（質問者）大門実紀史参議院議員（日本共産党）
尾原榮夫政府参考人（財務省主税局長　当時）「独立した立場についてのお尋ねがございました。第１条に書いてございますが、この「独立した公正な立場」といいますのは、委嘱者たる納税者の援助に当たりまして、納税義務者あるいは税務当局のいずれにも偏らない独立した公正な立場で、税務に関する専門家としての良識に基づいて行動しなければならないということが明らかにされているものと考えております。これは、税理士制度が法令で定められました納税義務の適正な実現に資するということをその使命として定めまして、それで職業上の特権が与えられているわけでございまして、税理士の地位といいますのは、単に私的な代理人ということではなく、より高度な公共的なものとして位置づけていることのあらわれということかと思います。」
大門参院議員「例えば、具体的に聞きますけれども、調査の通知前に税理士さんの意見を聞く、税務署が税理士さんに連絡をして、おたくが出した書面について意見を聞く、疑問があったりなかったりいろいろでしょうけれども、疑問がある点について聞いて、解決する場合としない場合がありますよね、実際に調査に入らないとわからないと。例えば疑問が解決しない場合、疑義が生じたといいますか、その場合はその後どうなるんですか。」
大武健一郎政府参考人（国税庁次長　当時）「基本的には、その税理士さん自体がその疑義の解決のために一義的には法人と接触していただくことになるんだろうと存じますが、それでも解決しないときは、それはやはり調査せざるを得ないということにはなると思います。
大門参院議員「そうしますと、事前に税理士さんに聞いて疑義が解決した場合、疑問点がなくなった場合、どうなりますか。」
大武政府参考人「お答えさせていただきます。その場合は、それで調査は終わりということでございます。」
大門参院議員「調査省略になるということですか、その時点で。そうすると、私、これは随分重大な問題を含んでいるんではないかというような気がするんです。書面添付制度そのものに我が党は二十年前のときに反対をしているわけなんですが、そのときのことをまた言わなきゃいけないといいますか、一つは、税理士さんが、これは論理的に言って税務署がやるべき調査のかわりに事前に監査みたいなことをやって書面をつける、それを税務署としては確認さえすれば、疑義が生じなければ調査に入らないということになりますと、これは一つは、本来税務署がやるべきことを税理士さんを使ってといいますか、補助機関といいますか下請機関といいますか、やらせることになりはしませんか。」

この平成13年改正による書面添付制度の拡充の結果、従前から実務慣行として、北海道税理士会と札幌国税局でも行われていた「法人特別指導」の施策、あるいは、いくつかの国税局管内における「確認書制度」という施策が平成14年３月31日をもって廃止ということになった。この制度は、税理士と税務当局との相互信頼のうえで、「法人特別指導表」を添付した法人の税務調査について、行政の簡素化に資するために原則的に「調査省略」してきたものである。このように、実務的な必要性から税理士と税務当局は、すでに、このような制度を運用していたのであ

---

大武政府参考人「やはり税理士さんの仕事というのは、独立した公正な立場で納税者の納税の義務を、事務を援助することでございますから、その一環としておやりになったことを税務署として認められればそれで終わるというのは当然だろうと存じますが。」
平成13年５月23日衆議院財務金融委員会議録11号
尾原榮夫政府参考人（財務省主税局長　当時）「今回、計算事項等を記載した書面を添付した場合の税理士の意見聴取制度を拡充してございます。その趣旨でございますが、税務の専門家である税理士の立場をより尊重する、ひいては税務執行の一層の円滑化、簡素化にも資することになるという観点から、現行制度を拡充するものでございます。」
日野市朗委員（民主党）「そうすると、税理士さんが書類を添付すればそれは一応間違いない、申告のいろいろな資料や何か、これは間違いないという推定を働かそうということになりますか。それとも、一応は税理士さんが書類を添付すればそれは信用する、しかし、何か問題があったらちゃんとその税理士さんに問いただすんですよ、問いただして、なおおかしいと思ったら調査に入るんですよ、こういうことになるんでしょうか。」
大武健一郎政府参考人（国税庁次長　当時）「お答えさせていただきます。全くそのとおりでございます。」
日野委員「これをつければあとは一切調査や何かをしないという効果を持つものではないというふうに伺ってよろしいでしょうか。」
大武政府参考人「お答えさせていただきます。この書類自体は、あくまでも税務に関する専門家としての立場を尊重して付与された税理士の権利の一つというふうに我々はとらえておりまして、意見を聞いたことによって直ちに帳簿書類の調査を行わないということでは当然ございません。したがって、税理士からの意見聴取において疑義が解決しない場合は、当然に帳簿書類の調査を行うということになるということでございます。」

る。したがって、この改正は、課税庁の税務調査に際し、税務調査の省略を実務上で有効に機能することを前提とした税理士の「税務監査」制度の明文規定の創設として、重要な意味を有するのである。

### 第３項　平成22年改正

平成13年度の税理士法の改正後、書面を添付した申告書に係る帳簿書類を調査する場合において、確かに、税務当局から税理士に対して意見聴取が求められた。しかし､残念ながら､その運用は至って不十分であった。それは、税務当局の事務運営指針で「・・・書面の記載事項に関する税理士からの意見陳述にとどめる。したがって、意見聴取に当たっては、質問検査権の行使と解される具体的な非違事項の指摘や書面に記載のない事項に係る質問は行わないことに留意する。・・」とされていたため、税務当局からの具体的な添付書面の内容に関する質問が税理士になされなかったことが原因であった。税理士としては、意見聴取の段階で十分な意見及び資料を提供し、税務当局に理解を促すように努力を重ねた。しかし、実際は、意見聴取が形式的に行われ、結果として、実地調査に移行することが常態となった。税理士側は、書面添付に費やした時間と労力が無駄になるとして、この制度を批判した[20]。このようなことから、平成15年には、事務運営指針の一部が「・・・例えば顕著な増減事項・増減理由や会計処理方法に変更があった事項・変更の理由などについて個別・具体的に質疑を行うなど、意見聴取の機会の積極的な活用に努める。・・・」また､「・・・意見聴取を行い、その後に修正申告書が提出されたとしても原則として、加算税は賦課しない。」と改正された。税務当局は､「添付書面の内容や意見聴取によって、申告書上の疑問点の大部分は解消することが可能である。しかしながら、どうして

[20] 事実、筆者は、その形式的な運用を裏付けるように、意見聴取終了後、即座に税務調査のための臨場日程の調整を要求された経験をもつ。この時期、おそらく、課税庁の内部においても、制度の運用に混乱があつたと思われる。筆者が経験したその他の事実として､書面を添付した所得税の確定申告書につき、意見聴取を行わないで現場に臨場した税務調査官に税理士が税理士法33条の２第１項の添付がある旨を指摘した結果、調査の中断がなされたこともある。

も納税者の方から直接説明をいただかないとならない場合、どうしても現場を確認しなければならない場合もあり、このような場合には、実地調査に移行せざるを得ないこのような場合であっても、『意見聴取が形式的』との批判を受けないよう、職員への周知に努めたい」と説明していた[21]。その後、その適正かつ円滑な運用に資するよう、日税連と国税

[21] 『TKC 会報』（2005年１月号）オピニオン「国税庁長官大武健一郎氏に聞く、書面添付制度は税理士法第１条の具現化である」より一部転載　～税理士と協力して書面添付制度を育てたい～
税理士法における書面添付制度は、いわば税理士法第１条の税理士の公共的使命を具現化したものといえます。平成13年の税理士法改正において、これを、より明確な制度とし、税理士の皆様方の社会的立場を高めるとともに、税務執行の一層の円滑化･簡素化を図るため､意見聴取制度の拡充を行ったものです。このいわゆる新書面添付制度の趣旨が十分活かされるよう､国税当局としても、申告書に添付された書面を尊重し、申告書の審理や調査の要否の判断などにおいて、書面や意見聴取の機会を積極的に活用するなど、適正な運用に努めているところです。今後、本制度を実効性のある形で育成していくためには、国税当局はもとより、税理士の皆様方におかれても、制度の趣旨及び考え方を十分に理解し、制度を推進していくとの認識に立ち、書面の記載内容を充実させるとともに、積極的に意見陳述を行っていただくことが重要であると考えています。
このためには、国税当局と税理士会の双方による真摯な協議が必要であり、今後とも各国税局と各税理士会との間で書面の記載内容の充実策等について、実務者レベルを中心に積極的に協議を行うなど、両者が協力して制度を育てていきたいと考えています。ちなみに、全国で平成15年７月から16年６月までの間に提出された法人税申告書への書面の添付件数を申し上げると約10万４千件、税理士関与のある申告件数が約236万７千件であることから、書面の添付割合は約4.4%となっております。その一方で、関与先納税者の売上高推移などのデータは添付されているものの、申告書の作成に当たって計算し、整理した事項等について具体的な記載がないものなど、記載内容が不十分なものも見受けられます。今後とも、記載内容の充実について十分配意していただきたいと思います。常日頃から職員にも話していることですが、善良な納税者には、親切に対応する一方、悪質な納税者に対しては厳正な態度で臨んでいく必要があります。これを書面添付との関係で申しますと、税理士法第１条の精神に則って添付された法第33条の２の書面添付については、税務行政側としては、これを尊重し、一方で、今のところ、そのような例はないようですが、添付する書面

庁は、改正後のフォローアップを目的とする検討の場として「改正税理士法フォローアップ検討会」を設け、書面添付制度の円滑な運用に関する協議を重ねた。日税連からは、意見聴取の機会が積極的に活用されていないのではないかとの意見が、国税庁からは、書面の記載内容が不十分であることが意見聴取の機会の利用が低調な要因となっており、書面を作成する税理士も制度の趣旨を十分に理解する必要がある等の意見がなされるなど、本制度がより有効に機能するための協議がなされた[22]。

平成19年４月に日税連から国税庁に対して「書面添付制度の普及・定着について（要望)」が提出されたことで、日税連と国税庁双方が認識を一つにして制度のより一層の普及・定着を図っていくため、「書面添付制度の普及・定着に関する協議会」を設置し普及策の検討を進めることとなった。平成20年６月には一定の結論を得て、添付書面の様式改訂や文書による調査省略通知の実施を柱とした「書面添付制度の普及・定着」という文書が合意事項として取りまとめられた。

平成21年４月、日税連においては「添付書面作成基準（指針)」を定めるとともに、国税庁においては事務運営指針を改正し、同年７月から実施されている。日税連作成の指針には、添付する書面にどのような内容を、どの程度記載すればよいかという基準が具体的に示されている。一方、国税庁の指針には、税務調査の事前通知前の意見聴取の結果、国税当局において疑問点が解消された場合には、文書による「調査省略通知」を行うことが新たに定められた。国税当局は、日税連の定めた「添

に虚偽の記載をした場合は、懲戒処分等により厳しく対処していくことになります。信頼される税理士制度、さらには、信頼される税務行政を育てていくため、税理士の皆様におかれましては、今後とも引き続き、本制度の育成にご協力をお願いいたします。

22　石井肇＝大久保昇一（国税当局担当官）『実務家のための書面添付制度活用のポイント』大蔵財務協会平成22年８頁。平成19年事務年度（平成19年７月から平成20年６月まで）書面添付割合5.7％そのうち意見聴取が行われた割合3.4％平成20年事務年度（平成20年７月から平成21年６月まで）書面添付割合6.0％そのうち意見聴取が行われた割合3.3％と順調に増加している。また、平成22事務年度の「国税庁が達成すべき目標に対する実績の評価書」140頁によれば、平成21事務年度は6.5％、平成22事務年度は7.0％と増加している。

付書面作成基準（指針）」に沿って作成された書面が添付されることを前提として意見聴取を行い、その結果、事前通知による調査の必要がないと判断された場合には、文書による調査省略通知を行うこととした。日税連、国税庁双方による指針の制定等、制度の環境整備が推進された二つの指針の関係からも書面添付制度が税理士と国税当局との相互信頼関係が前提となって成り立っている制度であることが理解できるのである。この改正を受けて、現在、税務実務において、本格的な運用が始まろうとしている[23]。そして、これらの書面添付制度の今後の研究が極めて重要となる。

さらに、平成９年の地方自治法の改正により、地方公共団体の外部監査制度が導入に伴い外部監査人の有資格者として税理士が規定された[24]。また、平成19年改正の政治資金規正法の第19条の18第１項により登録政治資金監査人になることができる資格者として税理士が規定され、政治資金適正化委員会の「政治資金監査に関する研修テキスト（27頁）」では、公認会計士及び税理士は、監査及び会計並びに税務に関する職業的専門家とされ監査人としての能力を有すると評価されている。現実的にも税理士の多くが監査実務を遂行している。加えて、平成18年の会社法の施行により新たに会計参与が誕生した。その就任資格者として、公認会計士、税理士、監査法人、税理士法人が規定された。なお、

---

23 TKC タックスフォーラム2010特別号、19頁。「新たな局面を迎えた書面添付制度と今後の展望」において、国税庁課税部課税総括課課長補佐漢昭弘氏は、「調査省略通知」が平成21年７月から平成21年12月までの上半期の法人税に関する件数を見ると、意見聴取を行った結果、調査に移行しなかったケースは、約1500件、そのうち書面によって通知したのは、約1200件。約八割が書面による通知を行っていると述べている。

24 地方自治法第252条の28は、普通地方公共団体が外部監査契約を締結できる者は、普通地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者であって、２号において、普通地方公共団体は、外部監査契約を円滑に締結し又はその適正な履行を確保するため必要と認めるときは、前項の規定にかかわらず、同項の識見を有する者であって税理士（税理士となる資格を有する者を含む。）であるものと外部監査契約を締結することができると規定している。

この会計参与の意義について立法者である相澤哲氏（法務省民事局商事課長）は、中小規模の会社向けの法制に検討を重ね、中小規模の会社の信用をさらに高めることが経済全体の活力を高めることという観点から、その計算書類の適正さの確保の方策として、会計の専門家による関与制度を導入した。これにより、会計専門家が制度的に保証して信用性の高い計算情報を対外的に示すための体制が構築され、会計参与制度を採用する会社の信用性が高まると述べている[25]。このように、経済の取り巻く環境の急速な変貌をうけて、税理士は、従前の税務の専門家としての立場に止まらず、帳簿の監査能力を有する会計の専門家としての地位も獲得することとなった。

## 第２節　書面添付制度の意義

### 第１款　書面の添付の意義

税理士法33条の２第１項において、税理士が自己の作成した申告書について、その申告書の作成に関してどの程度の内容にまで関与し、その申告書を税務の専門家の立場から、どのように調製したものであるかを明らかにした書面を添付（以下「計算事項等を記載した書面」という）することは、租税に関する納税義務の適正な実現に資するものであり、また、税理士法33条の２第２項が規定する他人が作成した申告書について、税務の専門家の立場から、どのように調製されたかを審査し、その申告書が適法に作成されている旨を明らかにした書面を添付（以下「審査事項等を記載した書面」という）することは、納税義務の適正な実現という税理士制度の本旨に合致するものである。そして、計算事項等を記載した書面あるいは審査事項等を記載した書面が添付された申告書を提出した者について、税務官公署の職員は、その申告書に係る租税に関しあらかじめその者に日時場所を通知してその帳簿書類を調査する場合において、税務代理権限証書を提出している税理士があるときは、その通知をする前に、その税理士に対し、その書面に記載された事項に関し

---

25 『TKC』会報「会計参与の役割と立法の趣旨」平成19年８月特別号。

意見を述べる機会を与えなければならない(以下「事前通知前意見聴取」という）こととされている（税理士法35条１項)。また、税務署長又は地方公共団体の長は、この書面が添付されている申告書に記載された課税標準等について更正をしようとする場合において、この書面に記載されているところにより、その更正の基因となる事実につき税理士が計算し、整理し、又は相談に応じていると認められるとき、あるいはその更正の基因となる事実につき税理士が審査していると認められるときは、あらかじめその税理士にその事実に関し意見を述べる機会を与えなければならない（以下「更正処分前意見聴取」という）こととされている（税理士法35条２項)。このように、税理士が自己の作成した申告書について、どのように調製したものであるか等を明らかにした書面、あるいは他人が作成した申告書について、審査した結果、適法に作成されている旨を明らかにした書面を添付する制度は、納税義務の適正な実現という税理士制度の本旨に合致するというだけでなく、税務官公署がこれを尊重することにより、円滑な税務行政の運営を図るとともに、このことを通じ税理士の地位の向上に資することを期待するものとして意義がある[26]。そして、この計算事項等を記載した書面あるいは審査事項等を記載した書面が添付された申告書の提出と事前通知前意見聴取あるいは更正処分前意見聴取が一体になって機能する制度を書面添付制度という。

この制度は、本来、添付書面が添付された申告について調査を行う場合は、あらかじめ当該税理士に意見を述べるよう求め、そこで疑義が解明されない場合にのみ調査に移行すべきことを求めていた。それは、従前から課税実務上に存在していた制度を改定したのであって、新しい制度の導入[27]を求めたのではなかった[28]。しかし、先に述べたように、こ

---

26　日本税理士会連合会『税理士法逐条解説（６訂版)』2010年、153頁。

27　この制度と類似した制度が、従前から、北海道、北陸、東海、名古屋、四国、九州北部税理士会とそれぞれの国税局との話し合いのもと、その信頼関係を基盤として適正な納税を実現するという目的において、｢指導表･確認書添付制度」が存在していた。新制度もその延長線上に理解されていたのである。(特別対談)「業務の幅を広げる改正税理士法への対応」薄井信明（元国税庁長官）の発言がそれを示唆する。以下発言「昭和45年に伊勢税務署長を務めましたが、当時の名古屋国税局管内では確認書制度に取り組んでいたことを思い出します。申

の制度が定着することができず、平成13年改正では挫折している。そこで、再度、「当該税理士に意見を述べるよう求め、そこで解明されない場合にのみ調査に移行する」という制度に向けて、書面添付制度は再構築された。それは、国税庁と税理士会が歩調を合わせた実質的なフルモデルチェンジといえる。その決意は、国税庁の事務運営指針において「意見聴取により疑問点が解消した場合、結果的に調査に至らないこともあり得ることを認識し」との文言が追加され、「現時点では調査に移行しない」旨の連絡を文書により通知するという改正が行なわれ、日税連では、税理士に対して「チェックリスト」を作成し、研修を強化し、「一

---

告納税制度を一層本格的なものに定着させていくためにも、税理士の皆さんには、書面添付制度を活用していただきたいと思います。」税理、2002年７月号、７頁。

[28] この確認書を添付する効果は、各税理士会で異なるものの、おおむね税務調査が省略され、または、簡素化されていた。この添付対象者は、一定の程度以上の関与先を前提とし、一定の消極的基準に該当する関与先に対しては、むしろ添付の対象外として位置付けることによって、制度の信頼を維持してきた。確認書添付の見合わせ（消極的基準）の参考例は以下による。

①清算事業年度における申告
②休業中の法人
③消費税だけの依頼を受けた場合の消費税確定申告
④関与形態からみて全面的確認資料が得られない場合
⑤申告内容の確認に当たって的確な資料が得られない場合、又はその提示がない場合
⑥不正計算等の改善が確認しがたい場合
⑦使途不明金がある場合、又は過去５年以内の申告書において、使途秘匿金課税の適用があった場合
⑧税法に規定する備付け帳簿書類の不十分なもの
⑨関与期間が短いなど、十分な指導がなされていないもの
⑩過去に重加算税の適用を受けたもので、事後の改善が確認できないもの
⑪仮名取引があるもの
⑫取引先の不正計算に協力したと思われる内容の取引がある場合
⑬他の法律（民法、商法等）に抵触するような取引内容を有する場合
⑭決算内容又は申告内容について、税理士の判断と納税者の見解とが相違する場合。

税理士一税目の書面添付運動」まで展開するに至ったことをみても明らかである。とりわけ、財務省告示104号において、「税理士・税理士法人に対する懲戒処分等の考え方」を示し、書面添付に虚偽記載があった場合の懲戒に関して、その基準を明確にして、税理士に取組み易い環境を用意したことも重要である。近時、平成22年事務年度の「国税庁が達成すべき目標に対する実績の評価書」では、三つの実績目標のうち、「税理士業務の適正な運営の確保」に書面添付制度の浸透が掲げられ、専門家である税理士の立場をより尊重し、また添付書面の活用により行政の一層の円滑化が図られるとしている。同時に、納税者のコンプライアンス向上にも資するため「⑵ 書面添付制度の普及定着に向けた取組」という項目が記されている。これらの活動から、税務の現場においても、この制度の普及と定着を実感するところである[29]。以上のように、この書面添付制度は、納税環境整備として、国と税理士、そして、納税者のそれぞれに適正な納税の権利を行使するために極めて重要な意義を有するのである。また、この制度の潜在的機能を見顕することも、今後の納税環境整備に欠かせない作業となる。

### 第２款　書面添付制度の内容

#### 第１項　計算事項等を記載した書面

１．計算事項等を記載した書面

税理士又は税理士法人が次の⑴、⑵に掲げる申告書を提出した場合には、その申告書の作成に関し、計算し、整理し、又は相談に応じた事項を記載した書面を、当該申告書に添付することができる。⑴国税

[29] 国税庁課税部課税総括課長　牧田宗孝氏の発言「平成22年度の法人税申告書にかかる添付書面の書面添付割合は7.0％となりました。前年度は6.5％でしたので、0.5ポイントの増加です。添付書面を提出している税理士等に対する意見聴取割合は4.5％で、これも前年度の4.0％に比べて0.5ポイントの増加となっています。また意見聴取を行った結果、実地調査の必要性がないと認められて実地調査を省略した割合は51.4％。これは前年度が43.7％でしたので、7.7ポイントの増加となっています。これらの数字は、着実に書添付制度の有効活用が進んでいることの表れであると考えています。」『TKC』、2012年１月号、21頁。

通則法16条第１項第１号に規定する申告納税方式による申告書、すなわち、納付すべき税額が納税者のする申告により確定することを原則とし、その申告がない場合又はその申告に係る税額の計算が国税に関する法律の規定に従っていなかった場合その他当該税額が税務署長又は税関長の調査したところと異なる場合に限り、税務署長又は税関長の処分により確定する方式をいう。また、この申告書には、期限内申告書、期限後申告書、修正申告書がある。⑵ 地方税法１条１項８号・11号に規定する申告納付･申告納入の方法による申告書、つまり、１項８号（申告納付）とは、納税者がその納付すべき地方税の課税標準額及び税額を申告し、及びその申告した税金を納付することをいう。また、１項11号（申告納入）は、特別徴収義務者がその徴収すべき地方税の課税標準額及び税額を申告し、及びその申告した税金を納入することをいう。この添付書面に記載すべき内容は、申告書を作成した税理士自身が、計算し、整理し、相談に応じた事項であり、納税者が計算し、整理した事項は除かれる[30]。

２．書面添付の記載項目

税理士法33条の２第１項の添付書面（財務省令９号様式）は、「私（当法人）が申告書に関し、計算し、整理し、又は相談に応じた事項」とし、⑴ 自ら作成記入した帳簿書類に記載されている事項を表題として、帳簿書類の名称、作成記入の基礎となった書類等を記載項目とする。続いて、それぞれ、⑵ 提示を受けた帳簿書類（備考欄の帳簿書類を除く）に記載されている事項、帳簿書類の名称、備考、⑶ 計算し、整理した

---

[30] 申告書の作成に関し、計算し、整理し、又は相談に応じた事項とは、申告書に記載された課税標準等について、例示として「たとえば、①伝票の整理、②各種帳簿の記入、整理及び計算、③損益計算書及び貸借対照表の計算及び作成、④税務に関する調整、⑤所得金額及び税額の計算、⑥これらに関する相談等に関して、どの段階から具体的にどのように関与してきたかの詳細をいい、また、依頼者が自ら作成した損益計算書及び貸借対照表について、関係帳簿や関係原始記録との突合等により、これらの財務書類が正確に作成されているかどうかをチェックした場合には、何によって、どのような方法により、どの程度まで確認したかの詳細をいいます。」「書面添付制度の手引」（平成14年３月日本税理士会連合会刊、８頁）。

主な事項、①区分･事項・備考、②①のうち顕著な増減事項･増減理由、③①のうち会計処理方法に変更があった事項・変更の理由、⑷相談に応じた事項、事項・相談の要旨、⑸その他を記載事項として報告する形式を採用している。税理士業務で受託する内容は、依頼者の状況により多様[31]であり、中小法人で最も多いと思われるケースについて、添付書面の記載事項を検討すると、次のとおりである。

⑴「自ら作成記入した帳簿書類」

自ら作成とは、税理士が自ら作成し記入したということを意味する。ひるがえって､依頼者が作成していないことを示すものである。これは、税理士が会計処理及び税務申告書作成のために、依頼者にどの程度の関与をしているかを示す内容を記載させる項目である。また、税理士が直接に関わった帳簿の範囲を明確にするものである。とりわけ、依頼者との責任の分担では、税理士の「二重責任の原則」における責任範囲を明確にする機能がある[32]。

⑵「提示を受けた帳簿書類（備考欄の帳簿書類を除く。)」

依頼者の事務処理能力を吟味するために、依頼者がどのような書類を提供できるかを記載させることにより、その能力の判定するための項目である。さらに、備考欄の帳簿は、税理士がその帳簿の存在は認知しているが、通常の提示を受けることまでを必要としない帳簿書類を記載する項目である。

⑶「計算し整理した事項」

---

[31] 依頼者と税理士の関係について分類すると⑴会計処理分野では、①記帳能力が未熟なために、会計のすべてを依頼する場合、②日常の起票、記帳ができるため、月次計算と決算を依頼する場合③日常の会計処理及び決算まで自ら処理できる場合、⑵税務代理分野では、①会計処理から税務申告書まで作成する場合②税務申告書の作成のみを依頼する場合③税務申告書は自ら作成できる場合があると思われる。中小企業で最も多いケースは､⑴②と⑵①である。

[32]「二重責任の原則」については、本論文、第２章、第２節、第３款、第２項、１．公認会計士の専門家制度を参照。

税理士が主に会計処理と付随的に税務調理するための手続にあたり、どの程度、依頼者の企業に関する会計処理及び税法の適用を把握しているかということを判定する項目である。とりわけ、その処理又は判断および解釈で会計上の利益及び税務上の課税標準に顕著に影響を与えたものを抽出し、会計上や税務上の変動について疎明的に記入をする。さらに、企業会計の理解度と会計に対する認識を判定するとともに、会計処理の変更を容易に行う法人かどうかを記載させることにより会計及び税務処理に無理がないかどうかを判断するための項目である。税理士が急激に変化した数値に関して意見をすることは、その非通常性につき説明をすることである。したがって、税理士の判断の慎重性、合理性を担保してその恣意を抑制する機能がある。

(4)「相談に応じた事項」

税務申告書作成内容に関する「相談の要旨」を記載することによって、その申告書にかかる重要な税務判断に関して税理士の見解を記載し、また、複数の選択肢が存在する税務判断の場合等にその選択した見解を疎明的に主張することで、課税庁の判断を促すことを目的とする記載項目である。課税庁側からは、税理士法36条（脱税相談）の有無、税理士法41条の３(助言義務)等の義務違反を監督できる項目である。すなわち、この書面添付制度でいうところの「解釈適正化機能」を行使する項目である。

(5) その他

上記（1）から（4）に記載できなかったものや、企業の法令遵守姿勢や経営者の納税倫理思想、企業に対する税理士の監査体制、すなわち、月次決算体制を採用しているかどうか、また、税理士の企業の内部牽制に対するかかわり方などを記載する項目である。この記載項目で注目すべきは、通常、税務申告書類等では、表現することが難しい、納税者の順法精神や納税倫理につき、課税庁に示すことができることである。また、総合的な所見を表明することにより「税務会計の適正意見」を記載することも考えられる。

### 第２項　審査事項等を記載した書面

１．書面添付の記載項目

税理士又は税理士法人が、他人が作成した申告書に対して相談に応じて審査し、当該申告書が法令の規定に従って作成されていると認めたときは、その審査した事項及び法令の規定に従って作成されている旨を記載した書面を、当該申告書に添付できる。この制度について、当時の大武財務省主税局長は「税理士法第１条の『納税義務の適正な実現を図る』という税理士の公共的使命を具体的に実務面で展開したものである。他人が作成した申告書等について、専門家の立場からその調整方法を明らかにすることによって、正確な申告書の作成及び提出に資するとともに、税務当局もこれを尊重することで税務行政の円滑化と簡素化が図られ、また税理士の社会的信頼も高まるとの趣旨によるものである」と述べている。そして、この場合他人が作成した申告書とは、納税義務者本人自らが作成した申告書あるいは納税義務者の使用人等が納税義務者の名において作成した申告書ということになり、税理士が作成した申告書について他の税理士に相談することは一般的には考え難いとの見解がある[33]。しかしながら、法令は「申告書で他人が作成したもの」と規定しているから、税理士が他の税理士の作成した申告書につき相談を受け審査することは、充分に考えられる[34]。もっとも、税理士が他の税理士から相談を受け直接審査の委嘱を受けることは税理士法上の守秘義務に反する行為である。しかし、税理士の作成した申告書を他の税理士が審査する場合においても、当該納税者から相談を受け、納税者を通じて審査の委嘱が行われる場合には当該審査はあり得るとの見解があり[35]、実際問題としても頷けるところである。ここで、他人が作成した申告書を審査する場合とは、依頼者が作成した申告書について、税理士の指導に基づいて依頼者が申告書を修正して完成させる場合などが該当することになる。したがって、この制度は、税理士が納税義務者から相談を受けて申告書を租税に関する法令に照らして適法に作成されているかどうかを

---

33　日本税理士会連合会『税理士法逐条解説（６訂版）』2010年、149頁。

34　日本税理士会連合会編『新税理士法（３訂版）』税務経理協会、2008年、133頁。

35　近藤新太郎「新書面添付制度の創設（1）」税理、2004年、８月号、195頁。

審査するものであって、税理士業務の相談の範疇に属する[36]。

2．書面添付の記載項目

税理士法33条の２第２項の添付書面（財務省令10号様式）は、「私（当法人）が審査の依頼を受けた申告書に関し審査した事項」として、(1) 相談を受けた事項を表題として、事項・相談の要旨を記載項目とする。続いて、それぞれ、(2) 審査に当って提示を受けた帳簿書類につき、帳簿書類の名称・確認した内容、(3) 審査した主な事項、①区分・事項・備考、②①のうち顕著な増減事項・増減理由、③①のうち会計処理方法に変更があった事項・変更の理由、(4) 審査結果、(5) その他を記載事項として報告する。申告書に書面を添付できるのは、適正な内容だったと税理士が判断した書面に限られる。当然のことながら、法令に反した事項のある申告書について書面を添付することはできない。それゆえ、審査した結果、誤りがあったとしても指摘に従って改訂が行われれば、これは適正な内容をもった申告書として書面を添付することができることになる。この場合、審査した内容の中にこの改訂した事項とこの経緯が記載されることになる。この書面は、審査事項を記載するのであるから、税理士が、提出された資料、書類、帳簿等を基に審査した事項の内容を記載し、審査した結果として法令の規定に従って作成されている旨を審査の経緯として記載することになる。これらをみると、依頼者から提示された帳簿書類等を範囲の限りにおいて「監査証明」となり得るといえる。しかしながら、現在のところ、通説は、審査事項等を記載した書面はあくまでも税理士業務の執行の事績であって、監査証明ではないし、また、申告内容を保証するものでもないとしている[37]。

(1)「相談を受けた事項」

税理士の業務とする税務相談は、申告書等の作成に関し、租税の課税標準等の計算に関する事項について相談に応ずることであり、（税理士

[36] 同趣旨、大江晋也「改正された意見聴取制度の内容」税経通信、2002年、７月号、51頁。
[37] 近藤新太郎「新書面添付制度の創設（1）」税理、2004年、８月号、195頁。

法２条第１項３号)。また、この相談に応ずるとは、具体的な質問に対して答弁し､指示し又は意見を表明することである(税理士基通２－６)。ここでは、納税者から受けた相談のうち、申告書の作成に特に重要となる事項に関する相談事項を「事項」の欄に記載し、その相談内容、回答要旨､申告書への反映状況を「相談の要旨」欄に記載することになる[38]。つまり、納税者から申告に際しどのような相談を受け、それに対しどのように回答し、その結果としてどのような処理が行われたかを具体的に記載することにより、税理士が行った業務内容が明らかとなり、責任の範囲が明確になるとともに、その申告における課税標準の計算の適正性がより高まることにつながる。

(2)「審査に当って提示を受けた帳簿書類」

依頼を受けた申告書の審査を行うに当たり、納税者から提示を受けた帳簿書類の名称を記載し、その記載した帳簿書類等に基づき、申告に関し、どのような内容について確認したかを記載する。もっとも、依頼者が作成した申告書を検討し、その適否を判断する過程において、申告書に不備がある場合には、依頼者にかかるその修正加筆等を指導し、適正な申告書を作成するという結果に導き、最終的に申告書が租税に関する法令の規定に従って作成されていることを認めることになる。したがって、あくまで申告書の適否を審査することとされているが、当然、審査の必要上、財務書類等を調査および検討することも有り得る。さらに、税理士が審査にあたって、確認した帳簿の範囲を明確にするための項目でもある。

(3)「審査した主な事項」

税理士が審査した主な勘定科目、申告調整科目等を記載する。たとえば、相続税の場合には、相続財産や適用した特例措置の名称等を記載することになる。さらに､その審査した内容を具体的に記載するとともに、関係資料との確認方法及びその程度等を記載する。また、備考には、審査の際に留意した事項等を記載する。税理士が審査にあたり、主に会計

[38] 日本税理士会連合会『税理士法逐条解説（６訂版)』2010年、150頁。

処理と付随的に税務調理するための手続に関して、どの程度、依頼者の企業に関する会計処理及び税法の適用を把握しているかということを判定する項目である。とりわけ、その処理又は判断および解釈で会計上の利益及び税務上の課税標準に顕著に影響を与えたものを抽出し、会計上や税務上の変動について法令に遵守しているか否かを判断し記入をする。この租税に関する法令の規定に従って作成されているかどうかの審査の対象はあくまでも申告書であり、そのために、例えば減価償却費の計算、たな卸資産の評価の方法等が所得税法あるいは法人税法の定めるところに従って行われているかどうか等その審査が租税に関する法令の定めの枠内で関連の財務書類にまで及ぶことがある。しかし、その財務書類自体について一般的に審査し、それが適正に作成されている旨を記載するといったことは許されないと解すべきとされている[39]。なぜなら、公認会計士の業務職域に抵触する可能性があるからである。しかしながら、公認会計士による監査又は証明の制度は、投資家保護を目的とし、企業の財務書類がその財務状況あるいは経営実績を適正に表しているかどうかを監査し、その結果を証明するということであり、かつ、その利害関係者は、膨大な数に及ぶと考えられる。したがって、厳格な法制度の下での法定監査が要求されるのである。一方、中小企業における一般的な財務諸表の作成が適正であることを証明する外部専門家は、法的制度としては存在しない状態が続いている。確かに、財務諸表の適正性を証明する会計専門職として、公認会計士が存在あるが、その証明にかかる高額な監査報酬などをみると、中小企業においては、その実施は現実的ではない。国家が認定する会計専門家という範囲において、税理士もその一翼を担っているところを鑑みると、財務諸表の適正性に関しても税理士の公的な役割を果たす必要があるといえる。

---

[39] たとえば､「事項」の欄は､過大役員給与の形式基準について､「相談の要旨」の欄は、過大役員給与に関し、みなし役員とされる者に対して支給した給与を含めた役員給与額が、株主総会で承認された役員給与の総額を超える場合、形式基準の適用があるのかという相談について、みなし役員分については形式基準の判断に含める必要はないと回答したというような記載である。

⑷「審査結果」

審査した結果、申告書が法令の規定に従って作成されている旨を記載する。なお、審査において、指導等を行った事項がある場合はその内容を具体的に記載することになる。従前から強調してきたように、この記載項目が税務監査および財務諸表の適正意見を表明するところである[40]。また、課税庁側からは、税理士法41条の３（助言義務）等の義務違反を監督できる項目である。

⑸ その他

審査にあたって留意した事項や特記事項、上記（1）から（4）に記載できなかったもの、企業の法令遵守姿勢や経営者の納税倫理思想、などを記載する。

以上のように、この「審査した事項等を記載した書類」は、税理士法による税理士の税務監査を予定している法制度とみることができる。ここで、再度、この法律の立法者の答弁を引用する。国会議事録（抄）（昭和54年12月７日衆議院大蔵委員会 政府委員答弁）「いまの御質問、33条の２の第２項かと思いますが、これはまた前回の答申を引用いたしますが、税理士の地位向上の一環の問題であります。これの規定の趣旨は御存じのとおりで、税理士さんが自分でつくった申告書でなくて、たとえば会社の経理部でつくった申告書等がございます。しかし、それはそのまま税務署に提出されてくることもございますけれども、税理士さんのところで１回租税の法令に基づいておるかどうかをチェックしてもらう。そうしますと、書面添付ということになりまして、これは更正決定の前（筆者：挿入、改正により帳簿書類を調査する前になった。）に御

---

[40] たとえば、「１ 交際費・福利厚生費として損金に計上されていた役員による慰安旅行の費用については、給与に該当することを説明の上、別表４において所得金額に加算するとともに源泉徴収を行った。２ 貸倒損失・貸倒損失について、財務諸表に記載すべき貸倒損失額を検討し、税務における損金算入要件を説明の上、税務と会計の乖離額を認識し、検討を行った結果、Ｓ社に対する債権〇〇〇万円については当期の損金算入は認められなかったことから見直しを行った。以上、審査した結果、申告書は法令の規定に従って作成されている。」というような記載である。

意見を聞くとかという慎重な手続になってくるわけです。したがいまして、そこで第１条の税務専門家という立場でその申告書が租税法令に基づいておるかということを、そのこと自体を審査されるという業務は、専門家の立場を非常に尊重し、地位が向上していく、税務監査という言葉でも私結構だと思うのですが、その申告書を自分がつくらなくても、人がつくった申告書であっても、専門家として目を通す、それをまた税務官署はそれなりに尊重するというのが、地位向上また納税者に対する援助の一つの進歩のあらわれであると思います。したがって、この規定は納税者にとりましても、特に税理士さんの今後の性格から見ても重要な規定であると考えています。どう今後運用されるか―できるだけ活用していただきたい（下線部は筆者)、また税務官署もこれを尊重する態度をとるべきであろう、こう思っております。」と述べている。このように、今後の税理士の性格からどのように運用されるかを期待して、立法されたところをみると、税務監査の客体としての「他人」や「税務書類の範囲」についても、積極的な解釈を妨げるものではないといえる。つまり、他人には、他の税理士が含まれ、税務書類には、財務書類が含まれると思われる。そして、この制度の「ピアレビュー機能」が納税環境整備の大きな役割を果たすのである。

### 第３款　書面添付制度の法的効果

意見聴取制度（税理士法35条）は、計算事項、審査事項等を記載した書面の添付制度と表裏一体となって活用されるものであり、税の専門家である税理士の立場をより尊重し、税務執行の一層の円滑化・簡素化を図るために設けられたものである。その効果は、二つの側面を持っている。一つは税理士が税務の専門家として自ら作成した申告書及び審査した申告書について、どのように検討し、処理し、調整したかを明らかにすることによって申告書の信頼性を示す効果である。そして、もう一つは、書面が添付されている申告書について税務官署がこの申告書に係る税務調査に当たり、事前通知前に添付された書面の記載事項について税理士に意見を述べる機会を与えることによって、できる限り疑問点の解明を図ることで、税務調査を省略することである。さらに、仮に税務調

査に移行した場合であっても、その調査を終え、更正をするときに、再び、税理士に意見を述べる機会を与えなければならないという効果である。この更正前意見聴取は、既に添付書面を提出した時点で、その添付書面に記載された内容によって、申告書に示された課税標準や税額が適正であるか否かは明らかになっているはずであるから、むしろ当該意見聴取は添付書面に表現されなかった部分を補完するという意味において極めて重要である。そして、それにより更正の正確性を確保できるという法的効果が存在するといえる。

### 第１項　税務調査の省略

事前通知前意見聴取は、その税理士に対し書面添付に記載された事項に関し意見を述べる機会が与えられたものである。したがって、その結果としては、この意見聴取によって税務官公署の職員がその内容について理解が得られた場合には、税務調査が行われないことがある。この点につき、平成21年４月の改訂の税務職員の指針となる「書面添付運営指針」では、「疑問点が解明した場合は、結果的に調査に至らないこともあり得ることを認識し」と記載され、「現時点では、調査に移行しない」旨の連絡をする取扱いとなっている。さらに、平成22年６月改正では「５．意見聴取結果の税理士等への連絡」の項に「⑴調査に移行しない場合」、「⑵ 調査に移行する場合」というタイトルを掲げ、たとえ、調査に移行する場合においても、税理士の立場を尊重する施策が盛り込まれた。すなわち、課税庁は、この制度を税務執行の一層の円滑化・簡素化を図るために、強く推進してきている。

他方、税理士側では、平成13年の挫折から、若干の懐疑心を払拭できないものの制度活用の兆しが見え始めている。具体的には、税務申告の際に税務代理権限証書（税理士法30条）を60.2％の税理士が添付をし、書面添付制度を30.6％の税理士が活用している[41]。また、書面添付制度を活用し意見聴取を受けた納税者が106件で、意見聴取した後に税務調査

[41] 北海道税理士会指導研修部情報「平成22年度・税理士業務に関するアンケート」平成23年３月第146号。全体の回答率35.2％（678人）であり、アンケート対象期間は平成21年７月１日～平成22年６月30日である。

に移行した件数が97件であり、その結果、申告是認数が39件であった。とりわけ、従前から書面添付制度を研究してきた「TKC 全国会（税理士の集団）」は、同時期における書面添付に関する調査では、書面添付制度を活用した納税者が3,029件で、うち意見聴取された納税者は114件であった。その後、税務調査に移行した件数が43件であった[42]。このように、この税理士法33条の２第１項である「計算した事項等を記載した書面添付」の制度としての運用は、まさに、税務の現場で大きく変化してきている。さらに、税理士法33条の２第２項である「審査した書類等を記載した書面」の添付制度、つまり「税務監査」についても、制度の円滑な運用に向けて、①税務計算書類の監査の意義 ②税務計算書類の監査と公認会計士法の財務書類監査との区別 ③税務計算書類の監査の範囲 ④税務計算書類の監査の効果および責任 ⑤税務監査書類の監査の基準 ⑥税務計算書類の監査の実施準則 ⑦税務計算書類の監査証明に関する規律 ⑧その他税務書類の監査証明の施行についての必要な諸規定を整備する必要がある。

### 第２項　事前通知前意見聴取と質問検査権との関係

前述のとおり、事前意見聴取制度は、書面添付制度と一体のものとして位置づけられている。すなわち、添付書面が申告書に添付され、かつ、税務代理権限証書が提出されている場合、納税者への事前通知が行われる前に、税理士に対して意見聴取を行い、その結果、実地調査等が省略されることも少なくない。しかし、事前意見聴取の手続において、税理士等から、修正申告がなされることもある。そして、この事前意見聴取手続の段階で、修正申告書が提出された場合に、加算税が賦課されるのかという問題がある。いいかえれば、事前通知前意見聴取手続は「税務調査」に含まれるのかということである。この点で、事前通知前意見聴取手続は、租税法上の調査からみれば、どのような性質のものであるのかということである。そこで、質問検査権の行使である調査とは、どの

[42] TKC 北海道会「平成22年度・新事務運営指針適用後の書面添付に関するアンケート結果」全体の回答率65.4％（117人）であり、アンケート対象期間は平成21年７月１日～平成22年６月30日である。

ようなものかということが問題となる。この件につき、判例は「課税標準又は税額等を認定するに至る一連の判断過程の一切を意味し、・・・税務調査の証拠の収集、証拠の評価あるいは経験則を通じて要件事実の認定、租税法その他の法令の解釈適用を経て更正処分に至るまでの思考、判断を含むきわめて包括的な概念」と述べている[43]。また、調査には、税務職員が直接に調査の相手方と接することなく行われる部内調査である机上調査と直接に税務職員が相手方と接して行う部外調査、実地調査が含まれる。これに加え、面接による質問やその他文書による質問も調査に含まれる。一方、国税通則法65条５項は、修正申告書が提出された場合に、その提出がその申告に係る国税の調査があったことにより、その国税について更正があるべきことを予知してされたものでないときは、加算税を賦課しない旨を規定している。この規定は「政府の調査前における自発的申告又は修正を歓迎し、これを慫慂せんとして右の如き規定となったものと解するのが相当である」という趣旨とされる。つまり、課税庁の調査以前に自ら修正又は申告した者に対しては、過少申告加算税等を賦課しないものと理解されている[44]。それでは、意見聴取後における修正申告書の過少申告加算税等の扱いはどうであろうか。従前は、平成14年の事務運営指針[45]で、意見聴取を行った後に修正申告書が提出された場合には、「過少申告加算税及び無申告加算税の取扱い」に基づき非違事項の指摘を行ったかどうかの具体的な事実認定により更正の予知の有無を判断することになるとしていた。それゆえ、一般的な意見の聴取にとどまる限り、過少申告加算税は賦課しないとした。そこで、課税庁は質問検査権の行使を一般的な意見聴取にすり替えることによって、加算税の賦課を回避しようとした。それが、意見聴取制度の本旨を変質（税務の現場において、添付書面の内容にあえて触れることなく、税務調査に移行すること）させ、書面添付制度の平成13年改正の挫折を

[43] 大阪地裁昭45年９月22日判決行政事件裁判例集21巻９号1148頁。
[44] 大阪地裁昭29年12月24日判決行政事件裁判例集５巻12号2992頁。
[45] 平成14年３月14日付「税理士法の一部改正に伴う法人課税部門における新書面添付制度の運用に当たっての基本的な考え方及び事務手続等について（事務運営指針）」。

もたらしたのである。その後、平成21年４月１日付の「事務運営指針」では、意見聴取を行い、その後に修正申告書が提出されたとしても、原則として、加算税は賦課しない。ただし、意見聴取を行った後に修正申告書が提出された場合の加算税の適用に当たっては、国税通則法65条５項並びに「過少申告加算税及び無申告加算税の取扱いについての事務運営指針[46]」に基づき非違事項の指摘を行ったかどうかの具体的な事実認定により「更正の予知」の有無を判断することになるから、修正申告書が意見聴取の際の個別・具体的な非違事項の指摘に基づくものであり、「更正の予知」があったと認められる場合には、加算税を賦課することに留意するとしている。

上述の「更正の予知[47]」の意味について、事前意見聴取制度に関して検討する必要がある。それは、本制度の発展にかかわる重要な意味をもつことになるからである。そのような意義からは、添付書類に記載された事項につき、意見聴取段階（その前に課税庁として内部調査等を行っている場合を含む）又はその直後に修正申告書が提出されても、原則として更正を予知すべきであるような調査がいまだなされていないとみる

[46] 平成12年７月３日付課法２－９ほか３課共同「法人税の過少申告加算税及び無申告加算税の取扱いについて」（事務運営指針）及び平成12年７月３日付課消２－17ほか５課共同「消費税及び地方消費税の更正等及び加算税の取扱いについて」（事務運営指針）及び平成13年３月29日付課消４－11ほか１課共同「たばこ税等及び酒税の加算税の取扱いについて」（事務運営指針）。

[47] ①調査着手説、税務官庁の調査着手後にされた修正申告書の提出を意味するとする説である（最高裁昭51年12月９日判決税務訴訟資料90号759頁）。②不足額発見説、納税者に対する当該国税に関する実地又は呼出等の具体的調査により申告不足額（申告漏れを正確に把握する必要はない。）が発見された後にされた修正申告書を意味するとする説である（和歌山地裁昭50年６月23日判決税務訴訟資料82号70頁）。③端緒把握説、税務職員が申告に係る国税について調査に着手し、その申告が不適正であることを発見するに足りるか、又はその端緒となる資料を発見し、これによりその後に調査が進行して先の申告が不適正で申告漏れの存することが発覚し、更正に至るであろうことが客観的に相当程度の確実性をもって認められる段階に達した後に、納税者がやがて更正に至るべきことを認識した上で修正申告を決意した場合（東京高判平７年11月27日判決訟務月報47巻５号1222頁）。との見解がある。

べきであるといえる。そして、それが、制度の趣旨を尊重することになり、課税庁による納税者と税理士に対しての信頼の証になるのである。もっとも、その意見聴取後に、添付書類に記載されていない事項について更正がされるような調査、つまり、一般的な資料収集のためのような調査ではなく、具体的な更正すべき非違事項を発見し、又は導き出すような調査は、客観的に納税者が調査を予知するような外部的な調査に該当することは、当然であり、その場合は、加算税の賦課が行われることになる。

# 民事詐欺の違法性と責任（9）

岩　本　尚　禧

目　　次

### 第２款　特殊事例

#### 第１項　裁判例の紹介

##### （１）ドイツの裁判例

前款において一般事例として主に売買契約の事例を取り上げ、独・日の裁判例を比較し、それぞれ検討した。これに続き、本款においては特殊事例として保険契約・労働契約・認知・消費貸借契約・先物取引を検討する。

これら諸事例を特殊事例として扱う理由は３つ存在する。第一は、保険契約・労働契約においては経済的弱者が欺罔者として登場する点において特殊である。第二は、認知の類型が（欺罔者本人ではない）非嫡出子の法的地位に関連する点において特殊である。第三は、消費貸借契約・先物取引が投機的取引に関連し、さらに消費貸借契約の類型が主として第三者（の詐欺）に関連し、加えて先物取引の類型がドイツの詐欺取消制度において争われていない点において特殊である。まず、保険契約から順に検討する。

**①保険契約の事例**

［独29］BGH 13. 5. 1957（NJW 1957, S. 988）

保険契約の締結に際して保険者が被保険者に対して質問し、これに対して被保険者が事実に反することを認識しつつ事実に反する回答を与え、この点に関して保険者が被保険者の欺罔を理由として本件保険契約の取消しを求めた事案。契約前の質問について事実に反する回答を認識しつつ為した者は保険契約の締結に関する保険者の意思形成に関しても悪意を有していたはずである、という経験則の成立が認められるべき旨を主張した保険者に対して、BGH は当該経験則を否定し、取消者が悪意の欺罔に関する一切の成立要件を立証しなければならない旨を説き、保険者の主張を退けた。

［独30］BGH 20. 11. 1990（NJW-RR 1991, S. 411）

就業不能保険（Berufsunfähigkeitversicherung）を締結する際に、過去の病歴について保険者たる被告から質問を受けた被保険者たる原告は以前に罹患していた精神障害を秘匿し、逆に他の軽度の障害を告げ、そ

の後に生じた労災を理由として原告が当該保険に基づく年金支払を被告に求め、これに対して被告が原告の欺罔を理由として本件保険契約の取消しを求めた事案。原審は事実関係を意識的に過小評価した原告の言明を欺罔として認めたが、しかしBGHは単なる誤れる言明から悪意の欺罔を推論することはできない旨を指摘し、事案を差し戻した。

［独31］OLG Frankfurt 15. 5. 2002（VersR 2003, S. 357）
　被保険者たる原告は保険者たる被告と保険契約を締結し、後に原告が被告に対して保険金の支払を請求したのであるが、しかし同契約の締結の際に事後的に生じた重大な健康障害について通知すべき義務が説明されていたものの、原告は後に生じた脳出血を被告に通知せず、被告が原告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。OLGは、原告が予め主治医の守秘義務を解いていたこと、このことから主治医が被告に対して原告の健康状態について報告するであろうことを原告が前提にしていたこと、ゆえに原告には悪意が欠けていたことを理由として、被告の請求を退けた。

　保険契約の事例はドイツの裁判例48件の内で３件を占め、その内の２件において悪意の欺罔が否定されている。保険契約の事例に関してはドイツ法の検討において既に触れており[34]、そこでは次のことを確認した。すなわち、欺罔に基づく取消可能性が争われる保険契約の事例においては保険者たる事業者が被欺罔者であり、被保険者たる個人が欺罔者であること（一般的な欺罔事例においては経済的弱者たる個人が被欺罔者であり、経済的強者たる事業者が欺罔者である）、あるいは保険者の立証責任の緩和が結果として保険金支払義務の免除を意味し、これに乗じた保険者による無分別な顧客獲得活動の助長が懸念されること、ゆえに保険契約の事例における欺罔の成否に対する裁判所の認定は他の事例類型と比較して厳格であること、そして被保険者に対して安易に説明義務が課されないこと等である。

---

34　本誌64巻１号136頁以下を参照。

**②労働契約の事例**

［独32］BAG 5. 12. 1957（NJW 1958, S. 516）

就職に際して就職希望者が使用者の質問に対して虚偽の回答を為し、これに対して使用者が当該被用者の欺罔を理由として労働契約の取消しを求めた事案。BAG は、民法総則の規定が原則として労働関係においても妥当し、許される質問内容に対する虚偽の回答が欺罔を構成し得る点を確認し、被用者の前科に関する質問も場合によっては許されるが（例えば、職業運転手を希望する者の酩酊犯罪に関する前科あるいは出納係を希望する者の横領に関する前科など）、しかし配慮を欠いた質問は相手方のプライバシーに対する侵害を構成し得るし、希望する職種と前科が無関係な質問は許されない旨を説示して、本件における被用者の欺罔を否定した。

［独33］BAG 22. 9. 1961（AP Nr. 15 § 123 BGB Bl. 1253 = NJW 1962, S. 74）

労働契約の締結に際して使用者たる被告は就職希望者たる原告に対して妊娠の事実の有無を質問し、そして原告は妊娠の事実を否定し、本件労働契約が締結されたものの、後に原告が妊娠していた事実が判明し、この点に関して被告が原告の欺罔を理由として本件労働契約を取り消し、その撤回を原告が求めた事案。BAG は、前科に関する質問と異なり、妊娠に関する質問は被用者のプライバシーに対する侵害を構成せず、むしろ本件において欺罔を否定するなら、「嘘をつく権利」を生み出してしまい、これは妥当ではなく、かくして本件の如き許された質問に対する虚偽の回答は悪意の欺罔を構成し得る旨を説いて、原告の欺罔を肯定した。

［独34］BAG 1. 7. 1993（NJW 1994, S. 148）

感染の危険を伴う業務へ就く際に、使用者たる被告が就職希望者たる原告に対して妊娠の有無を質問し、これを原告は否定したが、しかし後に妊娠の事実が判明し、この点に関して被告が当該労働契約を取り消し、これに対して原告が取消しの無効を求めた事案。BAG は、本件における質問が例外的に原告および原告の子の健康の保護に資するならば、これは許される質問であり、この質問に対する虚偽の回答は悪意の欺罔を

成立させる旨を説示して、原告の主張を退けた。

［独35］BAG, 20. 5. 1999（NJW 1999, S. 3653）

飲酒運転による交通事故に基づいて刑事手続を受けていた原告が、警察公務員として採用される際に被告から現在進行中の捜査ないし刑事手続の有無について質問を受け、これを原告は秘匿し、その結果として原告と被告は労働契約を締結したものの、後に原告が罰金刑を受け、この点について被告が原告の欺罔を理由として本件契約を取り消し、これに対して原告が取消しの無効を求めた事案。BAG は、原告が希望する警察官という職業は自動車の運転を業務として求められ、それゆえ飲酒運転を理由とする前科は当該業務に関する原告の適性を疑わせるのであって、この点に関する質問は許されるのであるから、この質問に対する悪意の秘匿は123条に基づく取消権を正当化する旨を説示し、原告の主張を退けた。

［独36］BAG 6. 2. 2003（MDR 2003, S. 996）

清掃員として採用された原告は被告と労働契約を締結する際に妊娠について質問を受け、これを原告は否定したが、しかし実際は妊娠していたのであって、この点に関して被告が原告の欺罔を理由として本件契約を取り消し、これに対して原告が労働契約の存在の確認を求めた事案。BAG は、許される質問に対する虚偽の回答のみが欺罔を基礎づけ、採用前の妊娠に関する被告の質問は民法611a 条に違反し、かかる理解がヨーロッパ法の共通原則である旨を説示し、原告の訴を認めた[35]。

［独37］BAG 8. 5. 2008（NJW 2008, S. 3372）

破産手続を開始した被告会社は、工場の閉鎖に伴い、その従業員たる原告と解消契約を締結したものの、その際に再雇用を期待していた原告が後に再雇用されず、この点に関して本件解消契約の有効性を原告が争った事案。BAG は、原告が動機の錯誤に陥っていたこと、ゆえに本

[35] なお、611a 条は現在は存在せず、現在の612a 条に統合されている。611a 条を巡る経緯について、本誌64巻 1 号139頁を参照。

件解消契約が取り消され得ないこと、そして原告が悪意の欺罔に基づく取消可能性を主張していない旨を認定して、原告の主張を退けた。

労働契約の事例はドイツの裁判例48件の内で6件を占め、その内の3件において悪意の欺罔が否定されている。労働契約の事例に関してはドイツ法の検討において既に触れており[36]、そこでは次のことを確認した。すなわち、労働契約の事例が保険契約の事例と同様に経済的弱者が欺罔者として登場すること、労働契約において争われる法益がプライバシーであること、ヨーロッパ共同体指令やヨーロッパ共同体適合法に基づく議論の変遷が存在したこと（妊娠に関する質問は原則として許されなくなったこと）、こうした点に鑑みて被用者に対して安易に説明義務が課されないこと等を確認した。

**③認知に関する事例**

［独38］RG 30. 6. 1904（RGZ 58, S. 348）

被告は原告に子の認知を求めた際に原告以外の者と性交渉していなかった旨を告げ、そして両者は扶養義務等を定めた和解契約を締結し、原告は認知に応じたが、しかし被告が原告以外の者と性交渉していた事実が判明し、原告が被告の欺罔を理由として和解の取消しを求めた事案。RG は、本件における悪意の欺罔を否定し、原告の主張を退けた。

［独39］RG 7. 5. 1923（RGZ 107, S. 175）

事案内容は、ほぼ前出1904年と同様であり、原審は本件における悪意の欺罔を否定したが、しかし RG は積極的な虚偽の言明を重視し、事案を原審へ差し戻した。

［独40］LG. Berlin 14. 1. 1938（JW 1938, S. 1451）

原告たる父は父子関係の不存在を認識しつつ、被告たる子の父性を認知し、扶養義務も認め、その執行手続も進められたが、しかし後に原告が請求に関する異議の訴を提起した事案。LG は、一方で自己の父性の

[36] 本誌64巻1号138頁以下を参照。

不存在を認識する者による認知が123条に基づいて取り消され得ない旨を説示しつつ、このことは他方で刑法169条における戸籍の身分隠蔽に相当する旨を指摘し、民法134条に基づく同認知の無効を認めた。

認知の事例はドイツの裁判例48件の内で３件を占める。事件数が少なく、その全体的傾向を知ることは難しい。ただし、認知の事例に関しては、認知の有無が欺罔者本人ではなく、その子に対して重大な影響を及ぼす点（ゆえに認知を受け得ない子の法的地位を考えれば、父性の存否について慎重な判断が求められなければならない点）および認知の事例が全て戦前である点において、特殊性が見られる。そして、この特殊性に関しては、次のような背景が存在する。

かつて父性の認知は、民法（旧）1718条[37]により、複数（の肉体）関係の抗弁を提起し得ない、という効果を有するに過ぎなかった。それゆえ、複数関係の抗弁以外の主張、例えば認知した男性による「自分は当該女性と受胎期間内に性交しなかった」という主張が可能であったのであり、その父性を争い得たのであった[38]。ところが、こうした認知の効力は非嫡出子の地位を弱めるものであり、このことは基本法６条５項に抵触する可能性を生み出す。同条項は次のように規定する。

基本法６条５項：非嫡出子には、法律によって、その肉体的・精神的発展および社会的地位に関して、嫡出子と同様の条件が作り出されなければならない。

かかる基本法の任務を実行するべく、そして非嫡出子の法的地位を可能な限り嫡出子へ近づけるべく、1969年に非嫡出子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder）

---

37　ドイツ民法（旧）1718条：子の出生後に公の書面にて父性を認知する者は、その子の母と他の者が受胎期間内に性交渉を持った、ということを援用することができない。

38　Felix Odersky, Kommentar zum Nichtehelichen-Gesetz, 4. Aufl., 1978, S. 40を参照。

が制定された[39]。同法によって未婚の父性の認知は受領を要しない一方的な意思表示として確認され、民法116条以下における意思表示の無効および取消可能性に関する諸規定の適用が排除されたのである[40]。同法が制定された以降において、悪意の欺罔に基づいて認知の取消可能性が争われた事例は見出されない。

**④消費貸借契約の事例**

［独41］BGH 25. 4. 2006（WM 2006, S. 1066）

投資仲介人から不動産投資信託（Immobilienfonds）を勧められた被告は、これに参加する前提として、原告たる銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし後に被告が同不動産の採算性および販売可能性に関する同仲介人の欺罔を理由として同消費貸借の効力を争い、加えて同仲介人の契約締結上の過失を主張し、これに対して原告が既出の消費貸借金の返還を求めた事案。BGH は、原審に反して、本件の仲介人が123条２項における第三者に該当せず、ゆえに同仲介人の欺罔を理由として被告銀行と締結された消費貸借契約を同条に基づいて取り消し得る旨を指摘し、さらに同仲介人に対する請求権を被告銀行に対しても主張し得る可能性を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独42］BGH 16. 5. 2006（JZ 2006, S. 1067）

仲介人から不動産投資信託を勧められた原告は、まず賃貸借共益関係（Mietpool, Mietpoolgemeinschaft, Mieteinnahmegemeinschaft：投資家によって購入せられた不動産を運営し、その得られた利益を同共益関係の参加者へ配当する仕組の組織）へ参加し、その資金を得る前提として被告銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし原告は投資リスクや採算性に関する仲介人の欺罔および同欺罔に関して生じる被告銀行の独自の

39 この点について、Odersky, a.a.O. (Fn. 38), S. 1 f u. 40 f を参照。同法の成立に至る社会的背景について、野沢紀雅「ドイツ法における非嫡出父子関係の変遷－一八九六年民法から一九六九年非嫡出子法まで－」法学新報87巻７・８号（1980年）159頁の注20を参照。

40 この点について、Odersky, a.a.O. (Fn. 38), S. 41 f を参照。

説明義務の違反を理由として損害賠償を請求した事案。BGH は、仲介人と被告銀行が制度的に協働している事案においては同銀行にも説明義務が課され得る旨を指摘し、事案を原審へ差し戻した。

［独43］BGH 20. 3. 2007（NJW 2007, S. 2396）
仲介人の勧誘に応じて節税目的で不動産を取得した原告は、資金を得る前提として被告たる銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約に基づく金銭支給の条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、原告は同関係に参加したが、しかし後に原告が本件不動産の採算性あるいは収益性に関する仲介人の欺罔および被告の説明義務違反を主張した事案。被告の説明義務違反を理由として本件消費貸借契約の巻戻を認めた原審に反して、BGH は、仲介人の欺罔を認めつつ、被告の説明義務を肯定する前提として仲介人の欺罔あるいは本件不動産の実際の価値に関して被告が認識していた等の事情を要する旨を説示し、事案を原審へ差し戻した。

［独44］BGH 5. 6. 2007（NJW 2007, S. 2407）
原告は仲介人を通じて不動産投資信託に参加し、その前提として被告銀行と消費貸借契約を締結したものの、原告は同信託の目論見書に記載されていない手数料等を別途に支払わされ、この点に関する故意の秘匿を理由として損害賠償を求めた事案。BGH は、仲介人が123条２項の第三者に該当せず、さらに仲介人の欺罔が肯定されるなら、被告銀行も損害賠償義務を負い得る旨を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独45］BGH 10. 7. 2007（NJW 2007, S. 3272）
投資仲介人から不動産投資信託を勧められた原告は、これに参加する前提として、被告たる銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし目論見書に明記されていない手数料等が判明し、原告が損害賠償および訪問販売法に基づく同契約の撤回を求めた事案。BGH は、与信銀行が顧客に対する仲介人の欺罔を積極的に認識していた場合には、同銀行も顧客に対して説明義務を負い、さらに本件における信託責任者と同銀行の制度的協働関係の存否も重要である旨を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独46］BGH 3. 6. 2008（NJW 2008, S. 2572）

投資目的物を販売する仲介人から勧誘を受けた原告は不動産の購入を決意し、被告銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約の締結条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、この条件を原告は受け入れたが、しかし実際の配当額が最初に示されていた配当額を大きく下回ること等を理由として原告が説明義務違反を理由とする損害賠償を求めた事案。BGH は、本件の如き共益関係の参加に関する効果として契約全体の巻戻を認めることが不当であり、さらに銀行の説明義務を肯定する前提として必要な仲介人の欺罔行為に対する同銀行の認識も確認する必要性を説示して、事案を原審へ差し戻した。

［独47］BGH 3. 6. 2008（NJW 2008, S. 2576）

仲介人の勧誘に応じて節税目的で不動産を取得した原告は、資金を得る前提として被告たる銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約に基づく金銭支給の条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、原告は同関係に参加したが、しかし後に原告が本件不動産の採算性あるいは収益性に関する仲介人の欺罔および被告の説明義務違反を主張した事案[41]。原告の主張を退けた原審に反して、BGH は被告が仲介人に対しても融資し、さらに仲介人によって作成された目論見書が客観的に不正確である等の事実から被告と仲介人の制度的協働関係が窺われる場合に

---

[41] 本件は時効の成立の有無も重要な論点として争われた。すなわち、原告の請求権の主張に対して、被告は199条１項２号に基づく同請求権の時効消滅を主張した。同条項は次のように規定する。

199条１項：法定消滅時効期間は、①請求権が発生し、②債権者が同請求権を基礎づける事実および債務者本人を認識し又は重大な過失によって認識し得なかった年の終了時点から開始する。

法定消滅時効期間は３年であって（195条）、本件売買契約および本件消費貸借契約は1998年に締結され、被告は2002年１月１日における時効の完成を主張した。原審は原告の請求権が199条１項２号に基づく時効の成立によって既に消滅した旨を説示し、これに対して連邦通常裁判所は同条項号の主観的認識を満たす前提として仲介人の欺罔から生じる諸事実に対する原告の認識等が必要である旨を指摘し、この点も確認させるために、事案を原審へ差し戻した。

は、仲介人の欺罔に関する被告の認識も推定され、この点を確認させるために、事案を原審へ差し戻した。

消費貸借契約の事例はドイツの裁判例48件の内で７件を占め、「その他の事案類型」を除けば、売買契約の事例に次いで多い。しかも、2000年以降に限れば、悪意の欺罔に関する主たる事例群であり、注目される。ただし、一連の不動産投資信託および賃貸借共益関係を前提として争われている消費貸借契約の諸事例は、欺罔者たる仲介人の言動それ自体の認定が争われているわけではなく、むしろ同仲介人と融資銀行の関係（仲介人の欺罔に対する銀行の第三者性）あるいは同仲介人の言動に対する融資銀行の認識（仲介人の欺罔に対する銀行の善意性）が争われている。しかも、消費貸借契約に関連する意思表示それ自体は訪問販売法によって撤回されており、この点において詐欺取消制度は活用されていない。むしろ、銀行の責任を基礎づける前提要件として、123条１項における悪意の欺罔が主張され、仲介人の悪意の欺罔を銀行が認識していたなら、その責任を認める、という観点から詐欺取消制度が援用されている。つまり、これら一連の諸事例は必ずしも本稿の主たる検討対象（欺罔者の認識や言動の内容）と直接的に関連しているわけではないのであるが（融資銀行と締結された消費貸借の効力が主たる問題であるから、仲介人の欺罔行為に関しては悪意の欺罔が問題として扱われているものの、これ点は必ずしも前面に出ていない）、しかし123条の適用が争われる近時の顕著な事例群である点に鑑みて（類似する日本の裁判例も存在する。この点は後述する）、取り上げた次第である。

もっとも、例えば［独41］は「投資契約と結び付いた消費貸借契約それ自体も、欺罔が当該契約の締結と因果関係を有していた場合には、民法123条によって取り消され得るのであり、なぜなら基金参加の仲介人も消費貸借契約の仲介人も与信銀行にとって民法123条２項の意味における第三者ではないからである」（WM 2006, S. 1070）という説示を加え、あるいは［独44］は「消費貸借契約それ自体も民法123条によって取り消し得るのであり、あるいは民法124条１項の取消期間が経過しているのであるならば、契約締結の際の故意の過責（vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss）に基づく損害賠償請求権を被告に対して主張し得

る」（NJW 2007, S. 2409）という説示を加えているのであって、ドイツ民法123条１項は全く無関係ではない（なお、詐欺取消制度と契約締結上の過失法理が使い分けられている一理由として、時効の問題が考えられる点について、前述214頁も参照）。

### （２）日本の裁判例

#### ①保険契約の事例

日本における保険契約の事例に関しては、基本的に戦前において争われ、その内容も商法の規定に関係し、ドイツの裁判例と比較検討する意義に乏しいから、概略に止める[42]（ドイツの裁判例の比較検討対象としては、先物取引の事例を取り上げる）。

民法典成立の当時の商法における保険契約の告知義務規定は一見すると詐欺の構成要件と重複するので、同規定と民法96条の関係が争われる事例が少なくなかった。1890年（明23）の商法は、この告知義務に関して次のように規定していた。

> 商法旧653条：保険者ハ被保険者カ契約取結ノ際重要ナル情況ニ付キ虚偽ノ陳述ヲ為シ又ハ其情況ヲ黙スルトキハ悪意アリタルト否トヲ問ハス契約ヲ解ク権利アリ但被保険者カ保険者ノ総テノ問ニ対シテ其知ル所ヲ竭シ且善意ニテ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保険者ノ有スル解約ノ権利ハ此カ為メニ妨ケラルルコト無シ

同条によれば、被保険者の主観的態様を問わないのであるから、この告知義務規定は制度的な不良危険排除を意図した立法であったのであろう[43]。ところが、同条は1899年（明治32）に改正され、次のように規定された（生命保険の部分）。

---

[42] 保険契約と欺罔に関連する事例が全て民法96条１項の詐欺として争われているわけではないものの、以下で取り上げる裁判例は原則として96条１項の詐欺が言及されている事案に限る。

[43] この点について、例えば倉沢康一郎『保険契約の法理』（1975年）277頁を参照。

商法旧429条：保険契約ノ当事保険契約者又ハ被保険者カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無効トス但保険者カ其事実ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ此限ニ在ラス

この旧429条は、旧653条の但書を削除し、さらに当該保険契約の無効原因を保険契約者または被保険者の悪意または重過失に限定している。法律効果が「契約ヲ解ク権利」から「無効」へ変更された理由は必ずしも明確ではないものの[44]、いずれにせよ保険契約者または被保険者の保護が改正の趣旨であった[45]。

こうした改正の趣旨それ自体は、裁判例においても反映されている。例えば、次の判決が挙げられる。

［日47］大審院1907年（明40）10月4日（民録13輯939頁）は、小学校の教諭（保険契約者・被保険者）が自身の職業を貿易商と偽り、これを信じた生命保険会社（被告）が当該教諭と生命保険を締結し、後に同教諭の遺族（原告）が保険金の支払を求め、これに対して被告が商法旧429条に基づいて保険金の支払を拒絶した事案である。原審によれば、商法旧429条における「重要ナル事實又ハ重要ナル事項トハ生命保険契約ノ要素タル危險ヲ測定スルカ為メ必要ナル事實」を意味するが、しかし学校教諭と貿易商の間に危険の程度に大差なく、ゆえに商法旧429条に基づく無効は認められない。これに対して被告は、生命の危険のみが保険契約の要素を構成する危険を意味するのではなく、「被保険者ノ人違ナルヤ否ヤ無資力者ニアラサルヤ否ヤ詐欺ノ申込ニアラサルヤ否ヤ等何レモ保險契約ノ要素タル危險」である旨を理由として上告した。大審院は次のように述べて、被告の上告を退けた。「上告人カ本點ニ於テ論スル被保險者ノ人違又ハ詐欺ノ申込ノ如キハ民法總則ノ規定即チ同第九十五條又ハ第九十六條ニ依リ其契約ハ無効

[44] この点について、例えば倉沢・前掲注43・279頁を参照。

[45] この点について、例えば芳賀八彌「現行商法及修正商法ニ於ケル開陳責任」保険雑誌42号（1899年）４頁において引用されている起草者の見解を参照。

タリ又ハ之ヲ取消スコトヲ得可キモノタレハ此ノ如キ場合ニ商法第四百二十九條ヲ適用ス可キ謂ハレアラサルナリ」。

裁判所は、結果的に民法96条の適用可能性を示唆している[46]。民法96条と商法429条の適用領域が区別されることによって、本件における商法旧429条の適用を回避することができる。そして、商法旧429条の適用を回避することができれば、保険契約者または被保険者を保護することができ、前記の趣旨が全うされる。すなわち、保険者契約者または被保険者を保護するために、あえて民法96条の適用可能性が示唆されたのである[47]。

ところが、商法旧429条は1911年（明44）に再び改正され、次のように規定された。

---

[46] 本判決は、民法96条適用説として理解されている（例えば、田中誠二「五 保険－（一）被保険者の既往症に關する虚偽の陳述と詐欺行爲との區別－（二）詐欺行爲に關する立證責任－（三）保險醫師の診斷上の過失が保險業者に及ぼす影響」判例民法（大正十一年度）21頁）。

[47] もっとも、こうした解釈は、民法96条が援用されれば、むろん無意味である。例えば、大審院1911年（明44）３月３日（民録17輯85頁）は［日47］と同様に保険契約における詐欺が争われ、しかも保険者によって民法96条および［日47］が援用された事案である。原審は、重要事項の告知義務に関しては「獨リ商法第四百二十九條カ絶対的ニ適用セラルルモノニシテ此範圍ニ於テハ民法總則詐欺ノ規定ノ適用ヲ除外スヘキモノト解」し、その理由を次のように述べる。「若シ假リニ同告知義務ニ關シ民法總則詐欺ノ規定ヲ適用シ得ルモノトセン乎保險者ハ保險契約ノ成立ヲ不利益トスル場合ハ必スヤ告知義務違背ニ随伴スル詐欺ヲ理由トシテ該契約ヲ取消スヘキヲ以テ同商法第四百二十九條但書ノ適用ヲ見ルヘカラサルニ至リ法カ同條但書ニヨリ保險契約者又ハ被保險者等ヲ保護セントスル趣旨ヲ没却スルノ結果ヲ生スレハナリ」（大審院の説示も同旨）。すなわち、裁判所によれば、商法旧429条但書が想定している保険者の落ち度が肯定される限り、民法96条の適用は許されない。それゆえ、裁判所は、保険契約者または被保険者の保護を図るため、民法96条の適用を否定したのである（本判決は、民法96条非適用説として理解されている（例えば、田中・前掲注46・21頁））。

商法旧429条１項：保険契約ノ当時保険契約者又ハ被保険者カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但保険者カ其ノ事実ヲ知リ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

この条文改正によって､法律効果の「無効」が「解除」へ変更された。この解除は、いわゆる告知であって、遡及しない[48]。すなわち、無効であるならば保険者は収受した保険料を返還しなければならなず、新規の保険契約者の獲得に要した費用の回収も難しいが、しかし告知たる解除によれば契約の効力に関して保険者に選択権が与えられる。要するに、この改正の目的は、保険者の利益保護の強化であった[49]。

この点を反映した裁判例として､例えば［日48］大審院1917年（大６）12月17日（民録23輯2142頁）が挙げられる。

本件は、保険契約者たる上告人が被保険者の健康状態を偽り、保険者たる被上告人をして保険契約を締結せしめたものの、後に被上告人が上告人（欺罔者本人）に対して民法96の詐欺を理由として同契約を取り消した事案である。大審院は次のように述べて、民法96条の適用を認めた。｢保険契約者又ハ被保険者ノ告知義務ニ關スル商法第四百二十九條ノ規定ハ保険事業ノ性質ニ鑑ミ保険者ニ對シ危険ノ測定ニ必要ナル材料ノ提供ヲ相手方タル保険契約者又ハ被保険者ヨリ受クルコトヲ得ヘキ特殊ノ權能ヲ付與シタルモノニシテ即チ保険者ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナルヲ以テ詐欺又ハ錯誤ニ關スル民法總則ノ適用ヲ除外スルモノニ非ス｣、さらに「本件ノ如ク詐欺ニ因リ締結シタル保険契約ノ取消ヲ爲スニ付テハ民法第九十六條ノ規定ニ則ルヘク商法第四百二十九條第一項但書ノ支配ヲ受クヘキモノニ非ス｣[50]。

---

48　この点について、三浦義道『告知義務論』（1924年）268頁も参照。

49　この点について､野津務『保険法に於ける「信義誠実の原則」（再版)』（1965年。初版は1934年）129頁、倉沢・前掲注43・279頁を参照。

50　商法429条但書の適用が否定されたなら、なぜ本件において同条が適用され

このように、先の商法改正は少なからず保険者の有利に作用しているようであるが[51]、しかし例外的な事例も存在する。例えば、次の事案が挙げられる。

［日49］大審院1917年（大６）９月６日（民録23輯1319頁）は、自己の既往症の事実を秘匿した保険契約者が保険者をして生命保険契約を締結せしめ、後に保険者が被保険者の相続人（欺罔者本人ではない）に対して同契約を取り消す旨の意思表示を為した事案である。原審は詐欺を理由とする保険者の取消権を認めず、さらに商法429条に基づく保険者の解除権も認めなかった。かかる原審の判断を是認した大審院は、次のように述べた。「詐欺トハ他人ヲシテ錯誤ニ因リテ或意思ヲ決定表示セシムル爲メニ故意ニ事ヲ隠蔽若クハ虚構シテ表示スルコトノ謂ヒナレハ假令保険契約者カ既往症ヲ告ケス却テ既往症ナキ旨告知シタル爲メ上告人カ之ヲ信シテ本訴契約締結ノ意思ヲ表示シタルニセヨ保険契約者ニ於テ上告人ヲシテ錯誤ニ因リテ契約締結ノ意思ヲ決定表示セシムル意思ヲ以テ其告知ヲ爲シタルニ非サル限リハ詐欺ヲ行ヒタルモノト謂フヲ得ス」、それゆえ「保険契約者ニ於テ既往症ヲ告ケス却テ既往症ナキ旨告知シタル事實アルモ當時同人ニ上告人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ之ニ因リテ契約締結ノ意思ヲ決定表示セシメントノ意思アリタルコトヲ認ムヘキ證據ナキニ付キ詐欺ヲ行ヒタルモノト謂フ

ず、民法96条の取消権が認められたのか。これは、おそらく本件が１ヶ月という解除権行使期間を徒過した事例であったからであろう。

[51] それ以外の商法改正後の裁判例として、大審院1914年（大３）６月５日（法律新聞950号30頁）および大審院1915年（大４）６月26日（民録21輯1044頁）が存在する。前者においては改正前と改正後の相違を説示しつつ、民法96条の適用が肯定され、詐欺の成立が認められた。後者においては「縦令告知義務者カ保険契約ノ當時重要ノ事實ヲ思ヒ浮ヘサリシトスルモ些少ノ注意ヲ用ヰハ之ヲ思ヒ浮ヘ得タリシ場合ナランニハ重大ナル過失ニ因リテ重要事實ヲ告知セサリシモノト爲ササルヘカラサル」という説示を下し、過失を広く捉え、保険会社の解除を認めた。こうした裁判例からも、保険者の利益保護の強化の傾向が窺われる。

ヲ得サル旨判定シタル」原院は正当である[52]。

［日48］と異なり、本判決は民法96条の適用を否定した。問題は、その理由と方法である。本判決の詳細な事実関係は必ずしも明確ではなく、このことは［日48］も同様であるから、両者を一概に比較することはできない。しかし、少なくとも、［日48］における保険者の訴訟相手方は欺罔者本人であるのに対して、［日49］における保険者の訴訟相手方は保険契約者・被保険者の相続人である、という点に相違が見られる。生命保険契約の性質から、その効力が争われる際には告知義務違反者（と目される者）が既に死亡していることは少なくない。それゆえ、欺罔行為の事実確認は困難であるし、確認し得たとしても、詐欺の非難を受けるべき本人は存在しない。加えて、従来から保険金受取人の保護の必要は説かれていたのであって[53]、それゆえ徒に同保険契約の効力を解消すれば、欺罔行為に関与しない相続人の保護が奪われかねない。この点に、本件において民法96条の適用が否定された理由が窺われるのである。

次に問題は、民法96条の適用を否定する方法である。商法の改正に伴い商法規定と民法96条の競合が否定されず、それでも保険契約者または被保険者の保護を図るなら、一方で96条の適用可能性を肯定し、他方で当該事案における96条の適用を否定しなければならない。それゆえ、本判決は、96条における詐欺の要件を操作し、故意要件を厳格に絞り込むことによって詐欺の成立を否定したのであろう[54]。本件は、96条の故意

52　なお、原文における「中原幸之進」または「幸之進」を「保険契約者」へ書き換えた。

53「生命保険契約締結ノ動機ハ或ハ遺族扶助ノ爲ナルコトアリ」（佐竹三吾「保険金受取人ノ保護」法学志林８巻６号（1906年）16頁）、「元來保險金の受取人とは被保險者の死亡に付いて或程度の經濟的需要を感ずべき者である」からである（中川善之助「六 相続－保險金受取人の權利は當然相續の目的となるか？」判例民法（大正十一年度）27頁）。もっとも、保険金受取人の保護に関する議論は、同人と当該保険金に対する債権者との関係において説かれることが少なくない。

54　本判決と同種の裁判例として、例えば大審院1922年（大11）２月６日（民集１巻13頁）が挙げられる。本件は、被保険者が死亡した後に、同人と保険者が締結した保険契約に基づいて被保険者の妻たる被上告人が保険者に対して保険

要件を明示した（と一般に考えられている）最初の判例でもあり[55]、この意味においても注目される。

既に確認したように、ドイツにおいても保険契約における悪意の欺罔の事例は、保険契約者をして安易に詐欺者たらしめることを回避するべく、他の事例に比べて例外的な処理を受けた[56]。同様の傾向が、日本の裁判例からも看取されるのである[57]。

---

金を請求し、これに対して保険者が被保険者の告知義務違反を理由として保険金の支払を拒絶した事案である。原審は、被保険者が「悪意ヲ以テ」重要なる事項を告知しなかった事実を肯定しつつも、民法96条の詐欺の成立は否定した。これに対して、重要事項を「悪意ヲ以テ」虚偽告知した被保険者は保険者をして保険契約を締結せしめる自覚および希望をも有していたのであって、ゆえに本件において民法96条の詐欺は肯定されるべきである、という上告理由が主張された。大審院は、上告を退けて、次のように述べた。「原判決理由中ノ『悪意ヲ以テ』ト云フ文詞カ上告人ヲ誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望ヲ意味スルモノニ非スシテ唯事實ニ反スルコトノ自覺ヲ意味スルモノナルコトハ判文前後ノ關係ニ照シテ明白ナルヲ以テ上告人カ其文詞ニ依據シテ被保險者ノ詐欺行爲ヲ論斷スルハ失當ナリ」。

本判決によれば、相手方を「誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望」と「唯事實ニ反スルコトノ自覺」が区別され、商法旧429条の「悪意」は「唯事實ニ反スルコトノ自覺」を意味するが、しかし「唯事實ニ反スルコトノ自覺」は民法96条の要件を満たさない。本判決は民法96条における故意の内容について明言していないが、しかし同条において単なる自覚を超える要素（例えば、相手方を「誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望」）が求められていることが推察される。本判決における保険者の訴訟相手方は、［日56］と同様に、欺罔者本人ではない。この点からも、本判決における故意内容の加重化は理解できる。

[55] この点について、松尾弘『叢書 民法総合判例研究 詐欺・強迫』（2000年）５頁以下も参照。

[56] この点について、本誌64巻１号137-138頁を参照。

[57] なお、それ以降の裁判例は少ない。96条１項の詐欺が争われた保険契約の事案として、高知地判1986年（昭61）11月26日（判時1252号101頁）および東京高判1991年（平３）10月17日（金商894号27頁）が存在する。両事案とも、いわゆる保険金詐欺の事例であり、保険契約者ないし被保険者と保険金請求者が同一であり、保険金請求者と欺罔者が同一であって、詐欺が肯定されている。

**②労働契約の事例**

［日50］東京地判1967年（昭42）４月24日（判時482号35頁）

幹部要員として被告会社（富士通信機製造株式会社）へ入社した際に共産党員の事実を秘匿した原告が後に被告会社から懲戒解雇の通知を受け、これに対して原告が解雇の無効を求めた事例において、懲戒解雇のみならず、原告の詐欺を理由とする雇用契約の解消をも主張する被告会社に対して、裁判所は次のように述べた。「政党又は大学内外の諸団体加入の有無及びその活動状況もしくは社会運動に対する関心の程度の如きは労働者の性向の判断に全く関連がないわけではないが、少くとも会社のように物品の製造、販売を目的とする企業の場合には、使用者と労働者との間の労働関係が本来政治的、文化的色彩を帯有するものではなく、その意味で必ずしも全人格的接触を不可欠の条件とはしない以上、大学卒業の幹部要員についてもその性向判断のため、さして重要な事項とはいい難いのであ」り、原告の「経歴詐称をもって懲戒事由とする根拠は乏し」く、さらに「日本国民がその思想、信条を表明することもまた、これを秘匿することも、その自由として憲法一四条、一九条の保障するところであり、この理は国家と国民との間のみならず、国民相互の間にも妥当すると解され、かつ本件においては右自由の制限を許容すべき特別の事情があるとも認め難いから、原告が右契約においてなした政治的思想、信条に関する欺罔行為は違法性がないものというべきである」。

［日51］東京地判1967年（昭42）７月17日（判時498号66頁）

いわゆる三菱樹脂事件の第一審。三菱樹脂事件は、被告会社（三菱樹脂株式会社）の入社試験に際して学生運動に関する経歴を秘匿および虚偽の事実を申告した原告が試用期間経過後の本採用を拒否され、これに対して原告が雇傭契約の成立を求めた。

［日52］東京高判1968年（昭43）６月12日（判時523号19頁）

いわゆる三菱樹脂事件の原審。原審は憲法14条および19条に基づいて解雇の無効を認め、次のように述べた。「秘匿し、虚偽の申告をしたと主張する事実が第一審原告の政治的思想、信条に関係のある事実であることは明らかであるから、これを入社試験の際秘匿することは許される

べきであり、従って、これを秘匿し、虚偽の申告をしたからといって、詐欺にも該当しない」。

［日53］最大判1973年（昭48）12月12日（判時724号18頁）

いわゆる三菱樹脂事件の上告審。最高裁は、原審の判断に反して憲法の私人間適用を原則として否定し、次のように述べて、本件を差し戻した。「私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり」、さらに「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」（なお、差戻審において、和解が成立している）。

一連の労働契約の事例は、三菱樹脂事件を中心として既に検討し、この事件を通じて詐欺および違法性に関連する若干の議論も確認した[58]。この事件は、一般的には憲法の問題として取り扱われているし、加えて、それ以降において、この種の事例は見当たらない。

### ③認知に関する事例

詐欺に基づく認知の効力が争われた裁判例は、［日54］金沢地方裁判所1951年（昭26）１月31日（下民集２巻１号105頁）の一件のみである。次のような事案であった。

原告は被告から妊娠を告げられ、原告と被告は同棲を始めたものの、その直後に被告は子を出産し、それゆえ原告は子の父性に疑問を抱きつつも、認知したのであるが、しかし後に当該認知の取消しを求めた

[58] この点について、本誌64巻３号198頁以下も参照。

事案。原告は、被告が原告以外の者と性交渉を持たなかった旨を述べた、という主張を展開した。これに対して裁判所は、被告の子が原告の子ではないことを認定しつつ、しかし原告は被告の子の父性に疑問を抱いていていたのであるから、原告は詐欺に基づいて認知の意思表示を為したわけではない旨を説示し、原告の請求を退けた。

既に確認したように、この種の事例はドイツにおいて（少なくとも詐欺取消制度においては）現在は争われておらず、日本においても一件しか存在しない。

**④消費貸借契約の事例**

ドイツの裁判例と比較する観点から取り上げられ得る日本の裁判例として［日30］［日31］［日35］［日39］が存在する。これら諸事例は既に売買契約の事例として検討した。さらに、これら諸事例が、売買契約の事例の中においても、とりわけ投機的ないし投資的な特徴を有する事例である点をも既に確認した[59]。

**⑤商品先物取引の事例**

［日55］神戸地判1965年（昭40）11月５日（判時442号50頁）

証券会社に勤める原告は取引所の商品仲買人たる被告の社員Ａから勧誘を受け、その際にＡは一方で「委せてくれれば必ず儲かるという甘言を用い」、他方で具体的な運用方法について原告に説明せず、さらにＡが勝手に取引を実行した結果として損害が発生し、これに対して

59　この点について、前述231頁を参照。なお、［日30］［日31］［日35］［日39］において、詐欺が認められた事例は存在しない。

投資目的の不動産取引という点において、ドイツの消費貸借の事例も日本の事例も類似する。この意味においては、ドイツの消費貸借の事例群も、売買の事例として取り扱うことは不可能ではない。ただし、ドイツの事例においては不動産投資信託の側面が強く、その前提として締結された消費貸借契約の効力が主として争われ、日本の事例においては消費貸借契約を前提ないし包含した不動産売買の効力が主として争われる。かかる差異に鑑みて、ドイツの事例は消費貸借の事例として、日本の事例は売買の事例として検討した。

原告がＡの詐欺を理由として本件契約を取り消した事案。裁判所は、Ａの言動を「相手の無知に乗ずる詐欺」として認定し、原告の主張を認めた。

［日56］大阪地判1972年（昭47）９月12日（判時689号104頁）

農産物の商品取引員たる原告の外務員Ａは「今が小豆の底値であって今後次第に値が上がり儲かる可能性が強く、今が絶好の買時であることを強調し」、この勧誘に基づいて被告は原告と穀物取引委託契約を締結したものの、相場は下がり続け、その結果として生じた損失金を原告が被告に求め、これに対して被告がＡの詐欺的勧誘を理由として本件契約の取消しあるいは不法行為に基づく損害賠償を請求した事案。裁判所は、一方で96条の詐欺を否定しつつ、しかし他方でＡの不法行為を認定したものの、過失相殺として損害賠償額の５割を縮減した。

［日57］東京地判1974年（昭49）４月18日（判時746号93頁）

商品外務員の経験を有する原告は商品取引員たる被告を通じて生糸および乾繭の買方針を維持していたものの、被告の従業員Ａ等は向い玉を前提として相場の下落を示唆する虚構の事実を原告へ伝え、この情報に基づいて原告は売方針へ転換したのであるが、しかし依然として相場が上昇を続けた結果として清算損を生じ、かくして原告が同従業員の詐欺を理由として方針転換の意思表示を取り消し、委託金証拠金（約１億円）の返還を求めた事案。裁判所は、向い玉を推認し、96条の詐欺を肯定し、原告の主張を認めた。

［日58］福岡地判1983年（昭58）４月26日（判タ501号185頁）

商品取引の経験を有しない原告は商品取引員たる被告の従業員Ａ等から勧誘を受け、その際に同従業員は原告に対して「二ヶ月程度で相当の利益をもたらし得るかのように説明し」、これを信じた原告は取引を開始したものの、結果として損失が発生し、この点について原告はＡの詐欺に基づく取消しあるいは不法行為に基づく損害賠償を請求した事案。裁判所は、96条における詐欺の成否について触れず、不法行為を認定した。

［日59］大阪地判1986年（昭61）５月30日（判タ616号91頁）

商品取引の経験を有さない訴外Ｚは被告Ａおよび被告Ｂから先物取引の電話勧誘を受け、その際に被告等は商品の大豆について「年末にかけて値上りが見込まれるから、これを買い付ければ利益が上がる」という説明を為し、かくして訴外Ｚは被告会社に商品取引を委託したのであるが、しかし大豆の相場の上昇に伴い売付の損失分が増大し、訴外Ｚが詐欺あるいは不法行為を理由とする各種請求を提起した事案。裁判所は、一方で96条の詐欺を否定し、他方で不法行為を認めたが、しかし３割の過失相殺も認めた。

［日60］東京地判1992年（平４）９月29日（判タ823号241頁）

先物取引の経験を有する原告は商品取引委員たる被告会社における従業員の被告Ａから勧誘を受け、その際に被告Ａは「絶対に儲かるから安心して任せてほしい。元本は保証する」旨を述べ、かくして原告は被告会社と商品取引委託契約を締結したのであるが、しかし最終的に差損が生じ、この点について原告が被告の詐欺あるいは不法行為を主張した事案。裁判所は、本件における元金保証契約の成立を肯定し、これを理由として不法行為を否定し、さらに詐欺も否定した。

［日61］東京地判1995年（平７）12月22日（判タ926号220頁）

商品先物取引の経験を有しない原告は被告会社の従業員Ａから先物取引の勧誘を受け、その際にＡは自ら「原告の出身大学の後輩である」旨の事実に反する詐言を述べ、後に原告は被告と売買基本委託契約を締結し、最終的に損金が発生し、原告が詐欺あるいは不法行為を主張した事案。裁判所は、出身大学に関するＡの詐言を認めつつも、これが勧誘の一契機に過ぎず、原告の意思を決定せしめた要因ではなかった旨を述べて、詐欺を否定し、その他の主張も認めなかった。

［日62］大阪高判2008年（平20）６月26日（判時2022号14頁）

被控訴人は商品取引員たる訴外Ａと委託契約を締結したものの、被控訴人はＡの従業員の不法行為に基づいて損害を被り、かくして被控訴人は当該損害の賠償を求める請求権を全て認容する確定判決（欠席判

決）を得たのであるが、しかしＡは破産宣告を受け、それゆえ被控訴人は取引所たる控訴人がＡと締結していた弁済契約（控訴人がＡに代わり「委託により生じた債権」を弁済する契約）の内容として不法行為債権も含まれる旨を主張し、被控訴人は控訴人に対して既に認容された限度における損害賠償債権を請求し、これを原審は認めたが、しかし最高裁判所によって破棄され[60]、その差戻審において被控訴人がＡの詐欺を理由として売買の効力の否定を求め、このことに基づいて委託者資産の引渡を求めた事案。裁判所は、Ａの詐欺を否定し、被控訴人の請求を棄却した。

民法96条の詐欺が争われた先物取引の諸事例に関しては、既に簡単な検討を加えた[61]。1960年代から96条１項の詐欺が争われる先物取引が急増し、これは当時の経済事情に依拠した変化であった。もちろん、かかる経済事情の変容はドイツにおいても同様に見出され、ドイツにおいても先物取引に関連する被害は急激に増加した。ところが、ドイツにおける先物取引の事案は刑事詐欺（あるいは不法行為）の対象として論じられてはいるものの、ドイツ民法123条の詐欺取消制度においては争われていない（その理由は後述する）。

既に検討した保険契約・労働契約・認知・消費貸借の各事例群においても、それぞれ特殊性を有し、日・独の裁判例を安易に比較検討することはできない。そして、ドイツ民法123条の詐欺取消制度において先物取引の類型が争われていない状況を踏まえるなら、先物取引における両国の詐欺を比較・検討することも慎重でなければならないであろう。

しかし、市場経済における先物取引それ自体の重要性および商品先物取引という事案の類似性に鑑みれば、不法行為法であるにせよ、刑事詐欺であるにせよ、日・独における先物取引の事案を比較検討する意義は小さくない。そこで、引き続き、日・独における先物取引の事案を具体的に検討する。

---

60　最一判2007年（平19）７月19日判決（判時1983号77頁）。

61　本誌64巻３号206頁以下を参照。

### 第２項　裁判例の分析

#### （１）ドイツの先物取引

##### ①取引所法と先物取引

日・独における先物取引の事案を具体的に検討する前提として、まずドイツにおける先物取引の経緯を確認する。

ドイツの取引所取引の歴史は古く[62]、先物取引は1816年から利用され始め、活発化したのであるが、しかし次第に訴訟も頻発し、差額取引（Differenzgeschäft）を賭博行為として判断した判決が少なからず散見され始めた。こうした判例の見解は民法典の起草においても影響を及ぼし、この問題は一時は取引所法の問題として委ねられたのであるが、しかし最終的にドイツ民法においても法典化されたのであった[63]。

ドイツ民法762条１項：賭博または賭事によって、拘束力は基礎づけられない。それゆえ、賭博または賭事に基づいて給付を受けた者は、拘束力が存在していなかったのであるから、返還しなくてよい[64]。

同条２項：この規定は、給付当事者が賭博の債務または賭事の債務の履行を目的として利得当事者に対する拘束力を引き受ける合意、とりわけ債務の承認に関しても妥当する[65]。

同（旧）764条：商品または証券の給付を内容とする契約が、合意

[62] その詳細について、山口博教『ドイツ証券市場史 取引所の地域特性と統合過程』（2006年）を参照。

[63] Norbert Engel, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse, 1996, S. 379.

[64] Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begrundet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

[65] Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schulanerkenntnis.

> された価格と給付者から取得者へ給付された時点における取引所価格または市場価格の差額を支払うことにする意図のもとで締結された場合、その契約は賭博として看做される。このことは、一方当事者の意図のみが差額の支払に向けられていた場合であっても、かかる意図を他方当事者が知り又は知るべかりし場合は同様である[66]。

取引所先物取引は、同条における差額取引として理解され得た[67]。それゆえ、民法によれば、商品先物取引は契約的効力を有さず、そもそもドイツ民法123条における悪意の欺罔を理由とする取消可能性を争う必要が存しなかったのである。

しかも、1896年に制定された取引所法（Börsengesetz）[68]によって、先物取引の参加それ自体に一定の制約が課され、このことによって一般大衆の保護が図られていた。例えば、次の規定が挙げられる。

> ドイツ取引所法（旧）66条１項：ある取引部門においてなされた取引所先物取引は、取引の締結時に双方の当事者が取引所登記に登録していない限り、債務関係を基礎づけない。

ところが、危険な取引から大衆を保護する、という取引所法の目的は次第に後退し、例えば1989年の改正によって一定の条件に基づいて個人

---

[66] Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht abgeschlossen, daß der Unterschied zwischen dem verinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

[67] Hans-Hermann Seiler, in: Ermans Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1981, S. 1938.

[68] その内容について、松野尾裕「ドイツ帝国取引所法1896年６月22日」立教経済学研究44巻１号（1990年）125頁以下を参照。

投資家に対しても先物取引能力が認められた[69]。確かに、この改正によっても先物取引能力の付与は限定的であり、そもそもドイツ取引所法における規定（主として同法53条ないし56条）に対してドイツ民法123条を含めた意思表示に関する民法の諸規定は原則として補充的にしか適用されず[70]、しかもドイツ民法（旧）764条は依然として存続していた。

しかし、1990年代以降から金融市場を巡る状況が大きく変化し始め、とりわけ金融市場の現代的発展あるいは金融市場の自由化に伴い[71]、ドイツ民法（旧）764条の法理念に対する強い疑念が提起され[72]、2002年の第４次資本市場振興法によってドイツ民法（旧）764条が削除され[73]、さらに取引所法（旧）53条も削除されたのであった[74]。

以上の経緯から、先物取引の事案においてドイツ民法123条の悪意の

---

69　ドイツ取引所法(旧)66条を修正したドイツ取引所法(旧)53条２項によれば、例えば損失リスクが特定できないこと、あるいはリスクの排除が不可能であること等の特定の注意事項が取引締結前に書面によって通知されている場合に、両当事者が商人ではなくても、その取引の拘束力を認める旨を規定する。こうした修正に至る経緯について、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則－ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆－（二）」亜細亜法学36巻１号（2001年）191頁以下、同「金融商品取引における適合性原則－ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆－（三）」亜細亜法学37巻１号（2001年）91頁以下（特に111頁以下。ドイツ取引所法（旧）53条２項の全訳は111-112頁を参照)、同「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」全国商品取引所連合会（編）『商品取引所論体系13』（2007年）268頁以下を参照。

70　この点について、O.M. マイヤー＝ H. ブレーマー（高橋壽男＝小田和美 訳）『ドイツ取引所法』（1959年212頁）；Eberhard Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., 1994, S. 432を参照。

71　こうしたドイツにおける展開について、例えば山田剛志『金融自由化と顧客保護法制』（2008年）48頁以下を参照。

72　Engel, a.a.O. (Fn. 63), S. 379.

73　小宮靖毅「II. 第四次資本市場振興法の概説」日本証券経済研究所（編）『ドイツ第四次資本市場振興法の概要』（2005年）27頁も参照。

74　注69も参照。なお、取引所法（旧）88条は、有価証券取引法へ移された。この点について、久保寛展「ドイツ第四次資本市場振興法に基づく相場操縦規定の改正」同志社法学55巻７号（2004年）356頁以下を参照。

欺罔が比較的最近まで議論され得る状況ではなかった事情が理解されるであろう。もっとも、それ以降においても、先物取引の事案に関してドイツ民法123条の適用が争われた事例は、未だ見当たらない。

**②刑法と先物取引**

ところで、ドイツ取引所法は、意思表示の効力に関連する規定のみならず、刑罰に関する規定も置いていた。例えば、1896年のドイツ取引所法において、以下の規定が重要である。

ドイツ取引所法（旧）78条：常習的に利得の意図を持ちつつ他人の無経験（Unerfahrenheit）または軽率を利用し、その他人の営業に属さない取引所投機取引へ唆す者は、軽懲役および15,000マルク以下の罰金に処する。加えて、公民権の喪失を言い渡すこともできる。

この規定は、しばらく大きな変化を見せなかった。しかし、ある指摘によれば、1970年から1980年の間に、ドイツ国内の個人投資家は、商品先物取引および商品先物オプション取引において、およそ10億ドイツマルクを超える損失を受けている[75]。かかる事態に鑑みて、1986年に第２次経済犯罪対策法[76]が制定され、これに伴い取引所法（旧）78条も以下のように改正された。

同法（旧）89条１項：業として取引所投機取引において他人の無経験（Unerfahrenheit）を利用しつつ同人を同取引へ唆し、あるいは直接的または間接的に同取引の参加を唆す者は、３年以下の自由刑または罰金刑に処する。

[75] この点について、Karl Lackner-Christian Imo, Zum Vermögensschaden bei betrügerishcen Manipulationen mit Warenterminoptionen, MDR 1983, S. 969を参照。

[76] 同法について、神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法律時報58巻11号（1986年）53頁以下を参照。

この規定では、従前の（旧）78条に比べて、一方において欺罔者の利得意図の要件および被欺罔者の軽率の要件が削除され、他方において無経験の利用の要件は維持されている。すなわち、詐欺の成立要件の緩和が図られつつ、被欺罔者の側の無経験という要素が重視されているのである。

同条の解釈によれば、利用される「無経験」は、被害者が取引所投機取引に関する理解および経験を有さず、自己の取引の意義を正確に評価できないことを意味し、初めて当該取引に手を出した者は原則として無経験者として看做される[77]。そして、同条の解釈によれば、無経験の「利用」は行為者が被害者の無経験に少なくとも取引締結の一要素として付け込むことを意味し、これは行為者の主観的要件をも意味するのであるが、しかし同要件の立証は困難であるから、その要件の存否を判断する際は具体的な契約締結の諸事情（例えば電話による販売、攻撃的な広告など）が参照される[78]。

こうした（旧）89条の趣旨は、前述した2002年の第４次資本市場振興法に基づくドイツ取引所法の改正においても引き継がれた。既に確認したように、ドイツ取引所法における意思表示に関連する規定および民法（旧）764条が2002年の第４次資本市場振興法によって削除されたのであるが、しかし取引所法における罰則規定は維持され、現在のドイツ取引所法23条および61条として、次のように規定されている[79]。

ドイツ取引所法23条１項：業として取引所投機取引において他人の無経験（Unerfahrenheit）を利用しつつ同人を同取引へ唆し、あるいは直接的または間接的に同取引の参加を唆すことは、禁じられる。

同61条：23条１項に違反して他人を取引所取引へ唆し、または同取引への参加を唆した者は、３年以下の自由刑または罰金刑に処する。

---

77 Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 575.

78 Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 576.

79 同23条と（旧）89条の関係について、Wolfgang Groß, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2006, S. 97も参照。

問題は、こうした取引所法の刑罰規定とドイツ刑法263条（詐欺罪）の関係である。一般的に、両者は、いわゆる一行為数犯（Tateinheit）の関係に立つ規範として理解されている[80]。一行為数犯はドイツ刑法52条[81]において規定されており、同一の行為が複数の法律に違反する場合または同一の行為が同一の法律を複数回に亘り違反している場合を意味する（いわゆる観念的競合）[82]。そして、ドイツ刑法52条２項によれば、３年以下の自由刑を定めるドイツ取引所法よりも５年以下の自由刑を定めるドイツ刑法263条が適用されるのであり、この関係は改正前においても、すなわちドイツ取引所法（旧）89条とドイツ刑法263条の関係においても同様であった[83]（もっとも、後述するように、刑事詐欺として扱われる先物取引の事案においても、無経験の要件は重視されているのであり、この点において取引所法の影響は皆無ではない）。

残る問題は、刑事詐欺として扱われる先物取引の形態である。これまで、いかなるドイツの取引所においても、商品先物取引は認可されていなかった。それゆえ、ドイツの事業者は国外において執行される取引の仲介を業として活動する。しかも、従来の投機的な先物取引は相当の初期投資を要した。この意味においても、取引所における投機的取引は、大衆の一般投資家にとって手が出せない取引であった。しかし、こうした一般投資家を先物取引市場へ取り込むため、先物オプション取引等の特殊な取引形態が開発され、こうして取引所取引における一般投資家の

---

[80] Roland Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Bd., 2006, S. 262.

[81] ドイツ刑法52条１項：同一行為が複数の刑罰法規に違反し、または同一の行為が同一の刑罰法規を複数回に亘り違反する場合、一個の刑罰しか認められない。

同法２項：複数の刑罰法規に違反する場合、その刑は最も重い刑罰を威嚇する法律に従い決定される。その刑罰は、その他の適用可能な法律が認めている刑罰より減じてはならない。

[82] Ruht Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2. Bd., 2006, S. 1345.

[83] Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577.

被害が誘発され[84]、そしてドイツ刑法263条の適用が争われる先物取引の事案が主として先物オプション取引であるのである。

ドイツ刑法263条の適用が争われる先物取引の事案が主として先物オプション取引である点は、日本法と比較する観点からも重要である。商品先物オプション取引は、オプションの買主（Optionsnehmer; Käufer）が契約締結時点における相場（基礎価格）にてオプションの売主（Stillhalter; Verkäufer）から特定の種類・数量の商品を購入し（買いオプション；Kaufoption）あるいは売却する（売りオプション；Verkaufsoption）権利を、当事者によって合意された価格（オプション価格：Optionspreis）にて売買する契約である。契約締結の後の相場が如何なる展開を示そうとも、オプション価格は支払わなければならない。それゆえ、例えば買いオプションの行使を考える投資家は、相場が上昇し、しかも、その上昇差がオプション価格を上回る場合にしか、正味の利益を得ることができない。かように複雑な取引を通じて素人の一般投資家が利得する機会は概して低く、その反面として高度な情報提供が不可欠であり、かかる情報提供の有無あるいは情報提供の程度を巡る紛争が後を絶たない[85]。さらに、商品先物オプション取引においてはオプション価格が重要な意味を持ち[86]、かかる価格の程度や設定方法に関連して争われる事案も少なくない[87]。

---

84 以上の取引形態の経緯について、BT-Drucks. 10/318, 1983, S. 47を参照。角田・前掲注69・（三）104-105頁も参照。

85 例えば、Jürgen Oechsler, in: Staudingers Kommentar, Buch 2, 2009, S. 161 ff. を参照。

86 ドイツの刑事詐欺の事案として、仲介業者によるオプション価格の値上が欺罔行為として争われることも少なくない。この点も含めて、ドイツにおける先物取引の事案について、神山敏雄「西独における商品先物オプション取引をめぐる犯罪（１）（２）（３）（４・完）」判例時報1289号（1988年）３頁以下・同1290号（1988年）８頁以下・同1292号（1989年）３頁以下・同1293号（1989年）８頁以下を参照。

87 従来の議論状況について、例えばFrank Guido Rose, Betrug bei Warentermingeschäften-mehr Klarheit beim Vermögensschaden?-zugleich Anmerkung zu BGH, wistra 2008, 149-, wistra 2009, S. 289 ff. を参照。

以上を要するに、ドイツにおける商品先物取引の事案について、これまで民法の詐欺取消制度の適用を受けた事案は見当たらず、しかし他方でドイツ刑法263条の適用を受け[88]、その取引類型は先物オプション取引である。それゆえ、先物取引の事例に関しては、ドイツの詐欺取消制度と日本の詐欺取消制度を直接的に比較検討することはできないのであるが、しかし先物取引の事案がドイツおよび日本において詐欺の問題として重要な意味を持つことは否定されず、ドイツにおける先物取引の刑事詐欺事件から日本の詐欺取消制度に対して少なからず示唆が得られるはずである。以下では引き続き、両者の事例を検討する。

### （２）裁判例の比較検討

#### ①ドイツ刑事詐欺と先物取引事案

商品先物オプション取引に関連する近時の刑事詐欺の事案として、[独48］BGH 13. 11.2007（wistra 2008, S. 149）が挙げられる[89]。次のような事案であった。

1990年から商品先物取引業界において活動を続けていた被告人Ｋは1997年に商品先物オプション取引の仲介を業とする会社Ｆを設立

---

[88] ドイツ取引所法（旧）89条の目的は無経験の投資家の財産保護であり、同条はドイツ民法823条２項における保護法規として理解され（Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577）、さらに826条に基づく請求も可能であり、こうした関係は既に確認したようにドイツ取引所法23条１項においても基本的に変わらない。少なくともドイツの不法行為法における処理は詐欺それ自体として扱われているわけではない点に鑑みて、以下ではドイツ刑法における先物取引の事例を取り上げる次第である（なお、823条２項より、826条において争われる事例が多いように思われる。Oechsler, a.a.O. (Fn. 85), S. 161 ff.; 角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」274頁も参照）。例えば、近時の事例として BGH 22. 11. 2005 (ZIP 2006, S. 171) を参照（有価証券のオプション取引の事案であり、823条２項ではなく、826条が争われている）。

[89] それ以前の、特に取引所法（旧）89条および（現）23条に関する民事および刑事を含めた裁判例について、角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」296頁以下も参照。

し（その客層は取引所投機取引における無経験者であった)、そして主としてアメリカの取引所において活動し、さらに以前の同僚であった被告人Ｍも雇い入れ（かつてＫとＭは同じ企業に勤めていたのであり、当該企業の活動は当該企業の破産および当時の責任者に対する刑事捜査手続に伴い1997年に終了している)、そして被告人両名は執拗な電話勧誘を繰り返し、無経験者（Unerfahrener）をして利得機会が資本の喪失リスクを大きく上回る如く誤信させ（ある投資家に対しては85％という高い利得可能性を提示していた)、投機取引の締結へ誘引し、結果として複数の顧客に対して損害を生ぜしめた事案である。

地方裁判所はドイツ刑法263条の詐欺を理由として、Ｋを２年６ヶ月の自由刑に処し､Ｍを１年６ヶ月の自由刑（執行猶予付）に処した。

BGHは、次のように述べて、上告を退けた。「被告人両名は、アメリカの取引所における商品先物取引および商品先物オプション取引について、投資家の約80％がその資本を完全に又は部分的に喪失し、投資家の約20％しか利得を得ていないことを経験から認識していた。さらに、被告人両名は、やはりＦもその顧客等に対して有利な利得・喪失のリスクを達成させる状況になかった、ということを認識していたのである」。さらに、「地方裁判所が法的に問題なく為した確認によれば、被告人両名はＦの顧客等に対して、Ｆが追求する投資戦略およびＦの従業員の特別な知見に基づいて、Ｆが仲介する個別の取引所投機取引について、とりわけ反復的に投機的取引を行うことによって利得の見込みが喪失リスクを上回る、ということを意識的に真実に反して虚構したのである」。「こうした説明は、価値判断として位置づけられ、構成要件に該当する欺罔行為を意味しない過大な吹聴や予想ではない。むしろ、顧客に対するその発言は・・・・・必要的な事実関連を含んでいるのである」。「かかる欺罔に基づいて、Ｆの従業員を通じて、判決に挙げられた28名の顧客の全員に、その目的に適う相応の表象が生じた。欺罔に起因する顧客等の錯誤の結果として、前記28名の顧客は、その財務助言に対する反対給付として差額および手数料という形で報酬を支払うべき契約上の義務をＦに対して負担することで、自身の財産を処分したのである」。そして、地方裁判所の理

解によれば、「これがなければ、つまり相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら、顧客等はＦに給付を求めなかったであろう、というのである」。なお、「判決理由は、取引所法（旧）89条（取引所投機取引の誘引）に対する被告人等の違反をも裏付けるものである」。

以上が事案と判旨の概要である。この裁判例から以下の要件が導かれる。第一に当該取引の高い損失リスク（例えば、投資家の約80％が損失を被り、約20％しか利得できない状況）を被告人が認識していること（以下では「第一要件」と呼ぶ）、第二に当該取引においても十分な利得を達成させ得ない状況を被告人が認識していること（以下では「第二要件」と呼ぶ）、第三に無経験の顧客に対して利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明を被告人が意識的に真実に反して虚構したこと（以下では「第三要件」と呼ぶ）、第四に第三要件の欺罔に基づいて顧客が錯誤に陥り、その結果として手数料等を支払う契約上の義務を負担し、これによって財産を処分したこと（以下では「第四要件」と呼ぶ）、第五に第三要件の欺罔なかりせば（換言するなら相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら）顧客は反対給付を求めなかったであろうこと（以下では「第五要件」と呼ぶ）が必要である。

ドイツ刑法263条が予定する保護法益は個人的財産であって、自由ではない[90]。それゆえ、先物取引に関する刑事詐欺の事案において財産的損害は重要な論点であり[91]、第四要件を外すことはできない。ところが、

---

[90] かかる理解が支配的見解である。例えば、Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 2234.; Herbert Tröndle-Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 54. Aufl., 2007, S. 1738を参照。しかし、ドイツ刑法263条を財産のみならず、処分の自由あるいは真実に対する権利を保護する規範として理解する立場も存在する（この点について、Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 82 ff を参照。かつて例えばフォイエルバッハも啓蒙期自然法学説に基づいて詐欺を真実に対する権利の侵害として理解していたのであり（本誌63巻５号42頁の注199）、この理解はドイツ民法123条の解釈に接近するが、しかし刑法学界において一般的な支持は得られていない）。

[91] この点について、Rose, a.a.O. (Fn. 87), S. 289 ff. を参照。

財産的損害に関連する第四要件は、民事詐欺において検討を要しない。ドイツ民法123条は意思決定自由を保護する規範的であって、直接的に財産的利益の保護を企図しているわけではないから、その要件として財産的損害を求めていないからである[92]。このことは、日本民法96条１項における詐欺も同様である[93]。

主観的要件に関しても、刑事詐欺と詐欺取消制度の詐欺は異なる。財産的損害が重要な意味を持つドイツ刑法263条の詐欺においては、詐欺の故意は客観的構成要件（欺罔、錯誤、財産処分および財産的損害）[94]の全体に及んでいなければならない、と言われている[95]。欺罔者は、欺罔によって被欺罔者の錯誤が引き起こされ、この錯誤によって被欺罔者が財産を処分し、この財産処分によって被欺罔者の財産が害されることを意識していなければならないのである[96]。さらに、ドイツ刑法263条は、上記の故意と並び、財産処分に関する欺罔者の主観的要件として利得意図（Bereicherungsabsicht）[97]も要求する[98]。しかし、民事詐欺においては

---

92 ドイツ民法123条は「私的自治によって必要とされているように、法律行為上の自己決定は、意思形成が欺罔や強制から自由に行われ得る場合にのみ実現せられる、という考え方に依拠している。同規定は－刑法263条（詐欺）および刑法253条（恐喝）と異なり－財産を保護していないのであり、したがって財産的損害を要件としないのである」（Heinz Palm, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd., 12. Aufl., 2008, S. 296）。

93 必ずしも明示的に指摘されているわけではないが、しかし明示的に損害の発生を求める見解も見当たらない。

94 Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2186.; Tröndle-Fischer, a.a.O. (Fn. 90), S. 1739.

95 Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2233.

96 Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2234. もっとも、この故意は未必の故意で足りる。Hefendehl, a.a.O. (Fn. 80), S. 228 f.

97「意図（Absicht）は目的的な結果意欲を要するのであり、つまり利得（Bereicherung）が行為者にとって構成要件実現の主たる目的または必要的中間目的でなければならないのである」（Urs Kindhäuser/Sonja Nikolaus, Der Tatbestand des Betrug (§263 StGB), JuS 4/2006, S. 298）。意図（Absicht）と故意（Vorsatz）の関係について、本誌64巻１号107-108頁を参照。

98 Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2234.; Hefendehl, a.a.O. (Fn. 79), S. 228 ff.

財産的損害を要しないから、故意の対象が財産的損害に及ぶ必要は存しないし、そもそも民事詐欺において利得意図を要しない点は既に確認した[99]。

なお、民法における詐欺取消制度は財産的損害の発生を要しないが、しかし意思表示の存在を要する[100]。もっとも、刑事詐欺において重要な要素の財産的損害は大抵は欺罔者と被欺罔者の間の契約から生じるであろうし、本件の裁判例も財産的損害は当事者間の契約から生じている旨を指摘しているのであって（第四要件を参照）、それゆえ本件においても当然に意思表示は存在していた。

確かに第四要件は錯誤の惹起を含み、これは民事詐欺においても重要な要件である。しかし、これは第五要件においても包摂されているから、問題は存しないであろう。むしろ、この点から、つまり錯誤の惹起および被欺罔者の決定自由に関連する点から[101]、民事詐欺の関係においては第五要件が重要な要件として登場する。

問題は、この第五要件がドイツ刑法263条の詐欺罪によって処断された先物取引事例において如何に判断されているか、である。これは第一要件ないし第三要件が関係しているであろうが、しかし第一要件を満たさない事例は基本的に考えられず、第二要件は各事例に応じて認定する他ない。残る要件は、第三要件である。

この第三要件は、客観的事実（「利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明」）および欺罔者の主観的態様（「意識的に真実に反して虚構した」）、さらに被欺罔者の事情（「無経験」）が複合した要件である。情報の虚偽性は欺罔として客観的構成要件の問題に属し、その欺罔者の認識

---

99 このこともドイツの詐欺取消制度と日本の詐欺取消制度において同様である。本誌63巻６号288頁および本誌64巻２号274頁を参照。

100 Palm, a.a.O. (Fn. 92), S. 308.

101 「理由書自体は103条の法政策的根拠を、『意思決定の自由』は保護されるべきである、という点に認めている。しかし、理由書の意味における意思決定の自由を害するもの、それは錯誤である」（Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1890, 2. Theil, S. 43）。この理由書における103条は、現ドイツ民法123条の草案規定である。同条の起草過程について、本誌63巻５号64頁以下を参照。

は故意として主観的構成要件の問題に属することは刑事詐欺の一般的要件としても認められているのであって[102]、それぞれ客観的事実と欺罔者の主観的態様に対応し、このことは民事詐欺の要件としても通常は求められるのであるから、特殊な要件というわけではない。これに対して、第三要件における「無経験」は若干の確認を要する。

既に確認したように、この無経験要件は取引所法においても掲げられていた要件である。そこでは、取引所法（旧）89条１項[103]における「無経験」は被害者が取引所投機取引に関する理解および経験を有さず、自己の取引の意義を正確に評価できないこと、初めて当該取引に手を出した者は原則として無経験者として看做されること、そして無経験の「利用」の立証の困難に鑑みて、その要件の存否は具体的な契約締結の諸事情（例えば電話による販売、攻撃的な広告など）から判断されることが確認された。先物取引および取引所法に関連する近時の裁判実務においても無経験要件は重要な意味を持ち、以前に同種の取引において損害を受けていても（ある意味において経験者を意味し得たとしても）、あるいは先物取引の危険性について説明を受けていても（形式的な情報提供を受けていたとしても）、無経験の認定を下す裁判例が存在する[104]。確かに本件はドイツ刑法263条に基づいて処断されているが、しかし取引所法（旧）89条からも処断され得る旨も説示されており、無経験の解釈として取引所法の理解は無視されるべきではないであろう。本判決においても、執拗な電話勧誘の存在が肯定され、顧客の無経験も認定されているのである。

なお、無経験要件に関しては、ドイツ民法138条２項[105]も無視できない。

---

[102] Urs Kindhäuser/Sonja Nikolaus, Der Tatbestand des Betrug (§263 StGB), JuS 3/2006, S. 194を参照。

[103] その内容について、前述266頁を参照。

[104] この点について、角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」276-280頁を参照。

[105] ドイツ民法138条２項：とりわけ、誰かある者が、他人の強制状態、無経験（Unerfahrenheit）、判断力欠如または著しい意思薄弱を悪用し、自己または第三者のために、ある給付に対して財産的利得を約束または提供せしめ、その財産的利益が当該給付に対して著しい不均衡を生じる法律行為は、無効である。

ただし、取引所法（旧）89条が規定する可罰的な誘引行為に基づいて成立した取引所投機取引はドイツ民法138条２項によって無効にならない[106]、という解釈が有力である[107]。

以上を要するに、先物取引の事案においては、刑事詐欺特有の財産的損害を除けば、刑事詐欺と民事詐欺において類似した要件論が妥当する。ただし、「無経験」の要件は、これまでドイツ民法123条１項における悪意の欺罔が争われた事例において見られなかった。もっとも、既に確認したように、ドイツ民法123条１項においては先物取引が争われなかった事情が存在していたのであった。ドイツの民事事件として然るべき事案が見当たらないならば、「無経験」の要件が民事詐欺の問題として持つ意味の検討は、日本の詐欺取消制度において争われた先物取引の事案を通じて確認されるべきであろう。引き続き、かかる観点から日本の詐欺取消制度において争われた先物取引の事案を確認する。

**②日本民事詐欺と先物取引事案**

既に検討したように、［日55］［日56］［日57］は、事業者の側の利得意図に近い主観的態度が認定されない限り、96条の詐欺が肯定されない傾向を示唆していた[108]。

こうした傾向に加えて、［日55］における被害者の経験・無経験の意義は必ずしも明確ではないが、しかし96条１項の詐欺が否定された［日56］の被害者は無経験者であり、96条１項の詐欺が肯定された［日57］の被害者は経験者であることから、裁判所の理解においては無経験の要

106「何故ならば、このような勧誘は、法律上の禁止および善良な風俗に違反（民法第一三四条、第一三八条）するものではあるが、取引自体に関して、この二つの違反が存在するとは限らないからである」（マイヤー＝ブレーマー・前掲注70・303頁）。Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577も参照。

107 さらに、ドイツ民法138条２項の伝統的な（特に裁判実務の）理解によれば、専門的知識の欠如は必ずしも無経験を意味せず、この理解によれば先物取引における同条項の活用可能性は限界があろう（むしろ、こうした同条項の限界から、種々の改正議論が提起されもした。この点も含めて、大村敦志『公序良俗と契約正義』（1995年）216頁以下を参照）。

108 この点について、本誌64巻３号209頁以下を参照。

件は必ずしも重視されておらず、むしろ被欺罔者の無経験という要件より欺罔者の主観的態度が重視されていることが窺われる。

換言するなら、無経験という事実は必ずしも詐欺を容易に認定させる要素として作用しない。例えば、[日58][日59][日61][日62]は被害者が無経験者の事案であったが、しかし96条1項における詐欺は否定されている。残る[日60]においても、結局は詐欺は否定されている。

もっとも、96条1項の詐欺が否定されている[日56][日58][日59]においては不法行為に基づく損害賠償が認められている。すなわち、不法行為法に依拠した処理を行う点において、結果としてドイツにおける先物取引の処理と類似性が見られる[109](もちろん、過失相殺の有無等に関して差異は認められるであろうが)。

しかし、少なくともドイツの不法行為法における処理は詐欺それ自体として扱われているわけではないから、問題は先物取引に関連するドイツの刑事詐欺における処理と日本の詐欺取消制度における処理の相違である。そこで、既に取り上げたドイツの刑事詐欺と比較検討する事例として、最近の[日62]を取り上げる。

[日62]は次のような事案であった。被控訴人は商品取引員たる訴外Aと委託契約を締結したものの、被控訴人はAの従業員の不法行為に基づいて損害を被り、被控訴人は当該損害の賠償を求める請求権を全て認容する確定判決(欠席判決)を得たのであるが、しかしAは破産宣告を受け、ゆえに被控訴人は取引所たる控訴人がAと締結していた弁済契約(控訴人がAに代わり「委託により生じた債権」を弁済する契約)の内容として不法行為債権も含まれる旨を主張し、被控訴人は控訴人に対して既に認容された限度における損害賠償債権を請求し、これを原審は認めたが、しかし最高裁判所(最一判2007年(平19)7月19日(判時1983号77頁))によって破棄され、その差戻審において被控訴人がAの詐欺を理由として売買の効力の否定を求め、このことに基づいて委託者資産の引渡を求めた。

---

[109] ドイツにおける先物取引の事例と不法行為法の関係について、前述268頁の注88を参照。

こうした事実に加えて、以下の事実も認定されている。Ａは「平成12年10月ころから高利金融業者等からの借入れが増えて資金繰りが悪化していき」、「平成14年６月14日に一回目の不渡りを出したが、高利金融業者等からの借入れを継続して会社の延命を図り、多額の会社資金を仮払金という名目の下に役員、従業員及び第三者に交付し流出させて放置するという杜撰な経営処理を行っていたもので、同年11月29日には二回目の不渡りを出して倒産し」、その間に「先物取引はおろか株式取引の経験もなかった」被控訴人が商品先物取引をＡに委託した経緯によれば、「平成14年３月20日ころ、被控訴人がＡ担当者（乙山）から先物取引の勧誘を受け、さらに、同月27日に勤務先に電話勧誘を受け、被控訴人が余裕資金がなかったためいったん断ったが、なおも乙山が『甲野の名前で登録しました。』『20口で200万円になる。』などと虚偽の事実を申し向け、被控訴人が『金がないと言っている。何でそんなことになる。』と抗議したのに対し、他の担当者（丙川）が『特別に160万円にさせてもらう、40万円は会社に言って対処する。』『既に登録してしまったので、何とか今晩９時までに用意してほしい。』『従業員を行かせますので。』などとやや強引に勧誘し」、さらに「担当者は『１ヶ月もあれば十分です。』『４月末には利益を付けてお返しします。』と述べた」。しかし、裁判所は、次のように述べて、Ａの詐欺を否定し、被控訴人の請求を棄却した。「被控訴人は本件取引の勧誘当時33歳で自動車販売会社に勤務し、自動車販売の職務に従事していた者であって、商行為、経済的行為についての常識的な判断力は十分に備えていたとみられる者であり、このような者が、自分で全く了解していない契約について、一方的に『既に登録してしまった。』などという話をされて、その意味、内容も確認せずに信じ込み、契約締結を断れないと誤解し錯誤に陥ることによって本件契約の委託をなすに至ったとは、常識的にはにわかに考えがたいところである」。

この［日62］を［独48］と比較する。まず、［独48］から、第一要件として当該取引の高い損失リスクを被告人が認識していること、第二要件として当該取引においても十分な利得を達成させ得ない状況を被告人が認識していること、第三要件として無経験の顧客に対して利得の可能

性が損失リスクを上回る旨の説明を被告人が意識的に真実に反して虚構したこと、第五要件として第三要件の欺罔なかりせば（換言するなら相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら）顧客は反対給付を求めなかったであろうことが確認された（詐欺取消制度において第四要件が不要であることは確認した）。

［日62］に限らず、事業者の側において第一要件を欠いていることは、通常は考えられない。さらに、［日62］において認定された事業者側の杜撰な経営管理から、第二要件も満たすであろう（少なくとも「不渡りを出した」という事実は利益を出せない企業である証左であろう。そして、［62］において第三要件の無経験は満たすし、「利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明」の要件も満たす（「担当者は『１ヶ月もあれば十分です。』『４月末には利益を付けてお返しします。』と述べた」）。問題は、「被告人が意識的に真実に反して虚構したこと」という要件である。

裁判所は、この要件について言及していない。このことは詐欺が否定されているのであるから当然であるが、しかし詐欺が否定された理由が問題である。裁判所は、既に引用した部分に加えて、「本件取引はＡが第一回目の不渡りを出す直前の時期であり、そのころのＡにおける取引の勧誘には相当の不法行為法上の問題点があったことは窺われる」という判断を示しつつ、被欺罔者の地位（「自動車販売の職務に従事していた者」）に基づいて詐欺を否定している。しかし、意思決定自由の侵害に表意者（被欺罔者）が気づかない点が（強迫と異なる）詐欺の特徴である[110]。しかも、裁判所は、被欺罔者の地位と取引成立後における手続過程の問題（『既に登録してしまった。』）を関連させるのみであって、契約成立前の過大な勧誘については言及していない（もちろん、被控訴人は、この点を主たる争点として主張している）。すなわち、「経済的行為についての常識的な判断力は十分に備えていたとみられる者」を理由として詐欺を否定する説示は、結果として自己責任（責任根拠の自由意思）を強調する意味しか持たず、その反面として意思決定自由の要保護性（違法根拠の自由意思）は軽視されているのである。

---

[110] この点について、本誌64巻３号222頁の注312を参照。

以上の検討から、日本の裁判所は一方で欺罔者の故意を容易に認めず、他方で被害者の自己責任を強調するのであって、日本の詐欺取消制度はドイツの刑事詐欺と比較しても、その成立が困難であることが理解される[111]。

日・独の裁判例の相違は一般事例においても既に検討したし、そこでは故意の認定の幅が両国の裁判例における大きな相違点であることを確認した。例えば、ドイツの裁判例においては、当該言明の虚偽性を明確に認識していなくても、「でたらめに（ins Blaue hinein）」為された言明から、故意が肯定されるのであった[112]。ドイツにおいては「でたらめに（ins Blaue hinein）」という要素を刑事詐欺の故意の要件として認める見解すら存在する[113]。こうした欺罔者の主観的要件に関する理解の相違が（明示的ではないにせよ）先物取引の事例においても日・独の相違として現れ、その背景として意思決定自由の要保護性に対する理解の相違が存在しているように思われるのである。

（未完）

[111] 先物取引において、96条１項の詐欺が争われる事例は、［日61］から最近の［日62］まで10年以上も空いている。この事実は、被害者側が詐欺取消制度の援用を諦めている証左であろうし（［日62］においても最高裁から差し戻されて初めて詐欺取消制度が援用されている）、このことからも96条１項の詐欺の成立の困難性が示唆されるであろう。

[112] この点について、本誌64巻１号112頁以下を参照。

[113] Tröndle-Fischer, a.a.O. (Fn. 90), S. 1784.

# 民　事　判　例　研　究

得　津　　　晶

**生命保険約款上の無催告失効条項と消費者契約法10条**

保険料の払込みがなされない場合に履行の催告なしに生命保険契約が失効する旨を定める約款の条項の、消費者契約法10条にいう「民法第１条第２項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」該当性

最高裁平成24年３月16日第二小法廷判決（平成22年（受）第332号）

民集66巻５号2216頁

**事案**

Ｘは生命保険会社であるＹ社と平成16年８月１日に医療保険契約[1]及び平成17年３月１日にそれぞれ生命保険契約を締結した。各保険契約の保険料は月払であり、口座振替の方法によって支払われることとされていた。この各保険契約に適用される約款には以下のような条項が含まれていた。

１.〔払込期日〕第２回目以後の保険料は，月単位の契約応当日の属する月の初日から末日までの間に払い込む[2]。

---

[1] 第一審（横浜地裁平成20年12月４日民集66巻５号2279頁）は、平成16年８月１日の第一契約も生命保険契約であるとするが（民集2279頁）、原審（東京高判平成21年９月30日民集66巻５号2300頁）は医療保険契約としており（民集2302頁）、上告審においては原判決の事実認定に拘束されることから（民訴321I）、本最高裁判決の評釈としては原判決の認定に従った。

[2] 実際には決められた日に銀行口座から保険料が引き落とされるのであり、差戻審（東京高判平成24・10・25金判1404号16頁）の認定によればＹ社の本件保険契約においては毎月27日であったとのことである（金判23頁）。

2．〔猶予期間〕第２回目以後の保険料の払込みについては，払込期月の翌月の初日から末日までを猶予期間とする。
3．〔失権条項〕上記猶予期間内に保険料の払込みがないときは，保険契約は，上記猶予期間満了日の翌日から効力を失う。
4．〔自動貸付条項〕保険料の払込みがないまま上記猶予期間が過ぎた場合でも，払い込むべき保険料と利息の合計額が解約返戻金の額を超えないときは，自動的にＹ社が保険契約者に保険料相当額を貸し付けて保険契約を有効に存続させる。当該貸付けは上記猶予期間満了日にされたものとし，その利息は年８％以下のＹ社所定の利率で計算するものとする。
5．〔復活条項〕保険契約者は，保険契約が効力を失った日から起算して１年以内（本件医療保険契約の場合）又は３年以内（本件生命保険契約の場合）であれば、Ｙ社の承諾を得て，保険契約を復活させることができる。この場合におけるＹ社の責任開始期は，復活日とする。

なお、本件において生命保険契約、医療保険契約ともに解約返戻金は発生していなかった。

第一審の認定によれば[3]、Ｘは平成17年６月末以降、５回にわたり口座残額不足を理由とする保険料未納を行い[4]、うち平成17年９月及び同年12月の２回は猶予期間内にも払込をなさずに、保険契約を失効させたところを、約款上の復活条項により復活させた。なお、Ｙ社の担当者Ａは、初回の保険料未納及びその後の二回の失効の際に電話で保険料未納によって失効した場合に復活の手続が可能であるものの、復活時には一定の健康状態でなければ契約が継続できないので保険料未納に注意するようにＸに伝えていた。

Ｘは平成18年７月ごろ、病院で検査した結果、特発性大腿骨頭壊死症と診断され、同年11月ごろから月に２、３回ほど電気治療を受けている。その後、平成18年10月、11月にもＸは保険料の支払いを遅滞し、その際に、ＸはＹ社の

---

3 原審は、Ｘの保険契約に関する具体的事情については、約款条項が消費者契約法10条の規定によって無効となるか否かが問題となっている本件では問題にならず、主張自体失当として（民集2319頁）一切認定をしていない。

4 Ｙ社による上告受理申立理由はＸの滞納回数は13回とし（民集2237頁）、差戻審でも保険料の振替ができない事態がしばしばであった旨認定されている（金判1404号25頁）。

担当者Aに大腿部一部壊死症罹患の連絡をしたため、Aは本件各保険契約が失効した場合、復活に影響を与える恐れがあることから保険料未納に特に注意するように説明した。

Xの保険料振替口座の残高不足により、平成19年1月を払込期日とする保険料の支払いがなされなかった。平成19年2月に、1月分と2月分の保険料を併せて振り替えることになったが、残高不足により口座振替がなされず、2月末日までに1月分の保険料は支払われずこれによって失効することになった。平成19年3月8日、XはY社に対して1月から3月分の保険料相当額を添えて保険契約の復活の申し込みをしたが、3月16日、Y社はXの健康状態を主たる理由として復活の申し込みを承諾しないことを決定し、19日にXにその旨を告知した。

これに対して、Xは、①本件保険契約の無催告失効条項が公序良俗、信義則に反し、又は、消費者契約法10条に該当して無効であること、②仮に保険契約が失効したとしてもXの復活の申し込みを不承諾とすることは信義則違反、権利濫用で許されないことを主張し、本件保険契約の存在の確認を求める訴えを提起した。

第一審（横浜地裁平成20年12月4日民集66巻5号2279頁）は、①失効条項については失効までの猶予期間が1か月と通常の金銭債務の解除の相当の催告期間よりも長いことから公序良俗には反しないとし、さらに、自動貸付条項、復活条項など契約を簡単には失効させずに存続させるための一定程度の配慮がなされていることから、失効条項が解除に催告を必要とする民法541条と比して、民法の規定よりも消費者の権利を制限する消費者契約の条項ではあるが、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものとは言えないとして消費者契約法10条の要件を満たさないと判断した。また、②復活制度について、復活に当たって保険者の承諾を要件としていることから保険者に復活の承諾について自由に判断できることが認められているとし、復活の不承諾が信義則違反、権利濫用となるのは、保険者が復活申し込みを不承諾とする正当な事由が何ら存しない場合、保険者側において積極的に保険契約者の保険料不払いを誘発したような場合、又は、契約の失効後、保険者が保険契約者に対し、契約を復活させるかのような言動を繰り返し行った場合など特段の事情がある場合に限られるとし、本件では特段の事情は認められず、信義則違反、権利濫用に当たらないとした。

これに対して、X が控訴したところ、原審（東京高判平成21年９月30日民集66巻５号2300頁）は、X の控訴を認め、X の請求を認容した。原審は消費者契約法10条の適用により失効条項を無効と判断し、その他の点については判断していない。原審は、期限の到来した時（民412I）を猶予期間の末日が経過した時（2310頁）とし、民法541条の解除の催告要件は履行遅滞に陥った債務者の権利保護のためであるとして、無催告失効条項を消費者の権利を制限するものであり（消費者契約法10条前段)、医療保険・生命保険が失効した場合の保険契約者の不利益が大きいこと、条項が無効になった場合も保険者が従前行っている支払督促を現状の方法を維持したまま約款で催告と定めれば足りることから保険者の不利益は大きくないことを理由に、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるとし、消費者契約法10条に基づき失効条項を無効とした。この際に、原審は、Y 社が支払督促を行っているという事情については約款外の実務であり約款自体の有効性判断に考慮すべきではないとし、自動貸付条項については解約返戻金が十分な場合にのみ機能するものであるから、保険契約者の不利益を少なくする手段として十分でないと評価している。

これに対し、Y 社が上告受理申し立て。

**判旨**

破棄差戻

Ⅰ「本件失効条項は，・・・保険料の払込みがされない場合に，その回数にかかわらず，履行の催告（民法541条）なしに保険契約が失効する旨を定めるものであるから，この点において，任意規定の適用による場合に比し，消費者である保険契約者の権利を制限するものであるというべきである」

Ⅱ「民法541条の定める履行の催告は，債務者に，債務不履行があったことを気付かせ,契約が解除される前に履行の機会を与える機能を有するものである。本件各保険契約のように，保険事故が発生した場合に保険給付が受けられる契約にあっては，保険料の不払によって反対給付が停止されるようなこともないため，保険契約者が保険料支払債務の不履行があったことに気付かない事態が生ずる可能性が高く，このことを考慮すれば，上記のような機能を有する履行の催告なしに保険契約が失効する旨を定める本件失効条項によって保険契約者が受ける不利益は，決して小さなものとはいえない。

しかしながら，・・・本件各保険契約においては，保険料は払込期月内に払

い込むべきものとされ，それが遅滞しても直ちに保険契約が失効するものではなく，この債務不履行の状態が一定期間内に解消されない場合に初めて失効する旨が明確に定められている上，上記一定期間は，民法541条により求められる催告期間よりも長い１か月とされているのである。加えて，払い込むべき保険料等の額が解約返戻金の額を超えないときは，自動的にＹ社が保険契約者に保険料相当額を貸し付けて保険契約を有効に存続させる旨の本件自動貸付条項が定められていて，長期間にわたり保険料が払い込まれてきた保険契約が１回の保険料の不払により簡単に失効しないようにされているなど，保険契約者が保険料の不払をした場合にも，その権利保護を図るために一定の配慮がされているものといえる。

さらに，Ｙ社は，本件失効条項は，保険料支払債務の不履行があった場合には契約失効前に保険契約者に対して保険料払込みの督促を行う実務上の運用を前提とするものである旨を主張するところ，仮に，Ｙ社において，本件各保険契約の締結当時，保険料支払債務の不履行があった場合に契約失効前に保険契約者に対して保険料払込みの督促を行う態勢を整え，そのような実務上の運用が確実にされていたとすれば，通常，保険契約者は保険料支払債務の不履行があったことに気付くことができると考えられる。多数の保険契約者を対象とするという保険契約の特質をも踏まえると，本件約款において，保険契約者が保険料の不払をした場合にも，その権利保護を図るために一定の配慮をした上記・・・のような定めが置かれていることに加え，Ｙ社において上記のような運用を確実にした上で本件約款を適用していることが認められるのであれば，本件失効条項は信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものに当たらないものと解される。」

なお、本判決には須藤正彦判事の反対意見がある。

差戻審（東京高判平成24・10・25金判1404号16頁）では、本件失効条項が、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かという問題について、民法541条の通常の催告期間が数日から１週間程度であることに比して本件の猶予期間は１カ月と長期であること、自動貸付条項の存在を挙げ、契約の失効を防ぐための方策を講じていることを理由に、本件失効条項は信義則に反しないものと判断し（金判23頁）、また、人的過誤を排除する形で整備されているコンピュータシステムに基づいて、金融機関の振替結果を督促事務の

委託先に自動的に伝送し、普通郵便の方法で行われる未納保険料払込督促事務を、営業担当者による案内及び集金も相まって、契約の失効を防ぐシステムとして確実に運用されていると判断して（金判24頁）、本件失効条項は信義則に反して消費者の利益を一方的に奪うものではなく消費者契約法10条後段〔原文ママ〕により無効とはならないとした。さらに、差戻審では、本件保険契約中の復活条項に基づくＸの復活の申込みに対するＹ社不承諾が信義則違反または権利濫用とならないのかという問題について、保険契約復活の申し込みに対する承諾の判断は、「例えば、保険契約が復活申し込みを不承諾とする正当な事由が何ら存在せず、あるいは、保険者側において積極的に保険契約者の保険料不払を誘発し、又は、契約の失効後、保険者が、保険契約者に対し、保険契約を復活させ得るかのような言動を繰り返し行ったという特段の事情がある場合を除き、原則として、保険者の裁量的判断に委ねられている」としながらも、「本件のように、契約の失効前すなわち保険契約が被保険者集団の一員であった当時において、既に健康を損ねていた場合においては、保険事故発生のリスクを共同で引き受けようとする意思が、被保険者集団に存在していたと考えるのが相当であるから、契約の失効後に初めて健康を害した場合と異なり、失効前罹患の場合においては、保険者の裁量の余地は狭まる」とし、本件については、Ｘが生命保険契約締結後わずか４か月で保険料の払込期月内未払いが発生し、その後も振替不能が頻発した点、Ｙ社の営業担当者がそのたびに復活不承諾の可能性について注意し、とりわけ、Ｘの突発性大腿骨頭壊死症罹患後に重ねて注意していた点、Ｘにおいて保険料払込にさしたる困難はなかった点から、保険失効による不利益を十分知りながらあえて払込猶予期間中に保険料を支払わなかったＸの保険復活申込みを不承諾に信義則違反・権利濫用はないとした。

## 評釈

### １．本判決の意義

本判決は保険実務上、よく用いられている無催告失効条項が消費者契約法10条に基づき無効となるか否かについて最高裁が初めて判断したものである[5]。最

[5] 消費者契約法施行以前に無催告失効条項の有効性を認めた裁判例として、東京地判昭和48年12月25日判タ307号244頁、東京地判平成９年12月22日判時1662

高裁は、無催告失効条項について、消費者契約法10条前段の民法・商法の任意規定と比較して消費者の権利を制限するものであることを認めながらも、同法10条後段の信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものには当たらないと判示した。原審が、無催告失効条項を消費者契約法10条違反によって無効と判断して以来、様々な評釈等で議論がされてきたが[6]、本判決は、契約失効前に

号109頁、東京高判平成11年２月３日判時1704号71頁、東京地判昭和53年８月29日文研生命保険判例集２巻210頁（公序良俗に反しないとした）、大阪地判平成17年６月13日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁、保険事例研レポート207号８頁に紹介。無催告失効条項の有効性を前提にしている）、長崎地判平成19年３月30日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介。自動貸付条項がなく、かつ、解約返戻金のあった事案で民法の規定からの乖離が大きく信義則に照らして相当とは言えないとして失効条項の適用を信義則違反とした。控訴審で取消）、前掲長崎地判平成19年３月30日の控訴審福岡高判平成19年９月27日判例集未搭載（甘利公人・保険事例研究会レポート225号１頁、広瀬裕樹・保険事例研究会レポート226号、保険事例研レポート227号１頁、小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介。原審の判断を覆し信義則に反しないとした。なお、最決平成20年１月31日判例集未搭載により上告不受理）、大阪地判平成20年３月12日判例集未搭載およびその控訴審である大阪高判平成20年９月３日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介。失効条項が有効であることを前提に判断）がある。消費者契約法施行後の事件としては、大阪高判平成20年９月３日判例集未搭載（西原慎治・保険事例研レポート243号10頁に紹介。有効と判断）、東京地判平成23年８月18日金判1399号16頁（保険契約者が履行遅滞にあることや保険契約が失効したことを確定的に認識しうる措置等保険契約者が保険保護をうける状態を維持しうる措置が取られている等の特段の事情ない限り消費者契約法10条により無効とし、当該事件では特段の事情なしとして無効とした）、その控訴審である東京高判平成24年７月11日金判1339号８頁（一審判決を取消し、本判決を引用して保険料払い込み督促体制の整備と実務運用を認定して失効条項を有効と判断）、横浜地裁横須賀支判平成23年６月13日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介。10条前段該当性を肯定しつつ、10条後段については猶予期間、自動貸付条項という一定の配慮と支払督促通知および担当者の直接連絡を履行の催告と同視した）及びその控訴審東京高判平成24年２月16日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介。猶予期間、自動貸付条項、復活条項を一定の配慮としてカウントし、支払通知制度を理由に10条後段違反はないと判断）がある。

[6] 主に原判決に反対し無催告失効条項の有効性を肯定するものであった。山下

保険契約者に対して保険料払い込みの督促を行う運用が確実にされていればという条件の下で消費者契約法10条による無効とならないと判断したものであり、差戻審では、督促の運用を認め、失効条項を有効と判断した。

他方、本判決は、生命保険約款上の無催告失効条項の有効性という具体的な問題を離れて、どのような事情を消費者契約法10条の要件該当性の判断に用いるのか、という一般的な問題について最高裁の立場を示唆している点で理論的意義も大きい[7]。

**２．原審との結論の分かれ目**

本判決は原判決が消費者契約法10条により失効条項を無効とした判断を覆したものであるが、その前提として、本件の保険契約者 X が消費者であり（消費者契約法２I)、Y 社が事業者であって（同法２II）本件保険契約が消費者契約法の適用のある消費者契約（同法２III）であるとしたこと、消費者契約法10条該当性の判断を前段と後段の２つの要件に分けて検討する判断枠組み（最

友信「原判決判批」金法1889号20頁（2010)、上山一知「原判決判批」金法1889号33頁（2010)、鹿野菜穂子「原判決判批」金法1905号78頁（2010)、遠山聡「原判決判批」保険事例研究会レポート245号９頁（2010)、榊素寛「原判決判批」私法判例リマークス42号97頁、竹濵修「生命保険契約の失効条項の効力」立命館法学329＝328号上巻430頁〔2009〕、大澤康孝「保険料支払い遅延と無催告失効条項」横浜国際法学18巻３号46頁（2010)、深澤泰弘「生命保険契約における無催告失効条項と消費者契約法10条」保険学雑誌614号59頁（2011)、中村信男「生命保険契約における保険料支払い義務不履行とその法的効果に関する一考察」保険学雑誌614号96頁（2011)、落合誠一「生命保険の継続保険料不払いと無催告失効条項の効力」大谷古稀・保険学保険法学の課題と展望259頁（2011成文堂)。他方､原判決に賛成するものとして薬袋真司＝加藤昌利｢原判決判批」消費者法ニュース83号210－211頁（2010)。

[7] 本判決を消費者契約法10条該当性の判断構造を示すものと捉えて展開された論稿として後掲本件判批のほか山本豊「契約条項の内容規制における具体的審査・抽象的審査と事後的審査・事前的審査――生命保険契約における無催告失効条項を検討素材として」小野秀誠＝滝沢昌彦＝小粥太郎＝角田美穂子編・松本恒雄先生還暦記念・民事法の現代的課題23－56頁（2012・商事法務)、鈴木恵「消費者契約法10条該当性判断の問題点」国民生活研究53巻１号１－17頁（2013）などがある。

判平成23年３月24日民集65巻２号903頁、最判平成23年７月15日民集65巻５号2269頁ですでに採用)、さらには本保険契約の失効条項が民法541条と比して催告なしに失効を認めるものであることから消費者である保険契約者の権利を制限するものであるという消費者契約法10条前段の要件を充足すると判断した(かにみえる[8]) 点[9]には原判決との間に違いはない。違いがあるのは、消費者契約法10条後段要件（民法１条第１条第２項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの）を満たすか否かの点である。その前提として、上告受理申立理由にもあるように、本件保険契約の保険料支払いの履行期についても原審は支払期日を猶予期間の末日としたのに対し（民集2310頁)、本判決は払込期月とした点（民集2219頁）にも違いがある。この履行期の点が結論

---

[8] 本判決は、履行の催告なしに保険契約が失効する点が任意法規よりも権利を制限すると判断する際に､「この点において」との限定の修飾節を付しており、一般的に10条前段の要件が充足したことを断定したわけではないという読み方も可能ではある。具体的には、10条前段の要件該当性は､「適用による場合に比し」という文言が示すように、単純な任意規定の文言レベルの比較にとどまらず、任意規定の文言実際に機能している当該任意規定の現実の適用と当該約款の現実の機能との比較で判断すべきところ（落合・前掲注（6）文献253頁)、さしあたり民法541条の単純な文言を取り出した文言レベルでの10条前段の要件充足を認めた上で、現実の機能レベルでの10条前段の要件を充足するか否かという判断については判断を留保しつつ、裁判所として判断のしやすい10条後段の要件該当性についての判断を先行させ、10条後段該当性を否定したため、そもそも10条前段該当性については判断していない、と理解することも排除はされていない（落合誠一「本件判批」後掲１頁はこの趣旨か)。

[9] 横浜地裁横須賀支判平成23年６月13日前掲注（5）も同様の失効条項の10条前段該当性を肯定する。消費者契約法10条前段該当性を肯定する判断について疑問を呈するものとして落合誠一「本件判批」後掲１頁、山下「原判決判批」前掲注（6）文献17頁、18頁〔失効条項は単純に解除の問題にとどまらず保険保護の休止という日本民商法に任意規定のない制度の性質を併せ持っている〕、落合･前掲注（6）文献254頁。他方、賛成するものとして小林道生「本件判批」後掲27頁、小野寺千世「本件判批」後掲４頁、村田敏一「本件判批」後掲保険事例16－７頁､村田敏一「本件判批」後掲リマークス108頁､鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献77頁、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献６頁、山本・前掲注（7）文献36頁、神作裕之「原判決判批」保険法判例百選（別冊ジュリスト202号）160頁（2010)。

に影響を与えた可能性もあることから、まずこの点から検討する。

### ３．履行期の認定

原判決は、猶予期間の定めにより債権者たる保険者が保険料債務の強制履行が可能となり（民法414条１項）、遅延損害金が発生し（同法415条）、保険契約の解除が可能となる（同法541条）時点として猶予期間の末日を「期限の到来した時」（民法412条１項）と判示した（民集2310頁）[10]。これに対し、本判決は、約款の明確な定めを根拠に払込期月を履行期とし、払込期月に支払いがなされなかった場合は債務不履行に陥るという整理の上で、猶予期間は債務不履行を理由とする保険契約の失効を猶予すると理解している。本項では、①履行期の認定の違いはどのように導かれたのか、②この違いによって消費者契約法10条の適用問題の結論にどのような影響を与えたのかを検討する。

まず、①認定の違いの原因について、本判決は約款の文言を重視したのに対して、原判決は、約款の文言にとらわれずに、412条１項の定める履行期概念をその効果であるところの「遅滞の責任」たる損害賠償請求権（415条）、解除権（540条）が行使できるタイミングから規範的に判断[11]したものである。これに対し、本判決は、上告受理申立理由にも挙げられているように、約款で明確に規定されていることを根拠に払込期月を履行期としたものであるが、この立場は従前の下級審裁判例（東京高判昭和45年２月19日下民集21巻１・２号334頁）によって採用されていたものでもあり、学説上も通説であった[12]。

ただし、本判決が契約・約款の文言のみを重視するという立場を採用したものなのかは定かではない。というのも、原審の履行期の判断枠組みによっても、損害賠償請求権、解除権のルールは任意法規であると考えられることから、契約によってある程度修正することが可能であり、本件保険契約も、約款によって遅延利息（約定利息）の発生が猶予期間後とされているのはあくまで約款の

[10] 原判決同様、履行期を猶予期間の末日と解するものとして薬袋＝加藤「原判決判批」前掲注（6）文献209頁。これに反対するものとして、山下「原判決判批」前掲注（6）文献17頁、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献６頁。

[11] 典型契約の性質決定（大村敦志・典型契約と性質決定193頁以下［1997有斐閣］など）と類似した作業を行っている。

[12] 山下友信・保険法340頁（2005有斐閣）、山下友信＝米山高生・保険法解説367頁〔沖野眞已〕（2010有斐閣）

文言によるものであり、他方、損害賠償請求権及び現実履行の強制は排除されておらず、非現実的であるとしても[13]、原則通り払込期月からかかる権利行使が可能であると解されるのであり[14]、債権の原則が現実履行の強制であると考えれば、この中心である効果の発生時期を履行日と解すれば、本判決と同様の結論になりそうだからである。

他方で、②このような履行期の解釈が本判決の影響にどこまで影響したのかは定かではない。上告受理申立理由や一部の評釈にみられるように、原審のように猶予期間を履行期と解すれば、本件失効条項は、解除が可能となる履行期になれば民法541条の催告を要せずにそのまま失効となることを規定したものということになり、消費者法10条の観点からすれば、消費者は催告を受ける権利を喪失する一方で他に何も利益を得ていないことから「一方的に害する」と評価しやすくなるということはできる[15]。だが、実際に原判決の消費者契約法10条該当性の判断枠組みをみると、単に催告を受ける権利を失う消費者の不利益だけを挙げているのではなく、適法な催告を行う場合の保険者のコストとの比較衡量の上で判断しており、履行期から失効まで一定の期間が担保されていることが認定されているものの、このことがどの程度影響したかは不明である[16]。特に、本上告審が判示するように、催告を「債務者に、債務不履行があったことを気付かせ、契約が解除される前に履行の機会を与える機能を有する」ものととらえれば、１か月の期間があることがこの催告の代替機能を果たすとは考えにくい。実際に、須藤正彦反対意見は、履行期については払込期月であるという法廷意見と同じ前提に立ちながら、督促通知から失効時期たる猶予期

---

13 岩崎稜・保険料支払義務論159－160頁（1971有斐閣）、山下＝米山・前掲注（12）文献681－２頁〔沖野眞已〕、鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁、上山「原判決判批」前掲注（6）文献27頁。これに対し、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献７頁は、保険料支払債務の性質から強制履行的性格を持たないとする。

14 大澤・前掲注（6）文献28頁。神作「原判決判批」前掲注（9）文献161頁も強制執行・損害賠償をするかどうかは保険者の裁量に委ねられていることから、この点を強調すべきでないとする。

15 山下友信「本件判批」後掲38頁、足立格「本件判批」後掲５頁、永石一郎「本件判批」後掲11頁

16 山下「原判決判批」前掲注（6）文献17－８頁、山下友信「本件判批」後掲39頁、山本哲生「原判決判批」金判1336号241頁（2010）

間の末日までの時間を問題として結論に反対しているのであり、このことは履行期の解釈は本判決の結論にとって重要な要素ではないことをうかがわせる。

**４．消費者契約法10条後段該当性判断の対象となる事情**

原審と本判決の結論を決定的に分けた点は消費者契約法10条後段該当性の判断にある。原審は、口座振替を利用している点について保険契約者の些細な不注意による残高不足から振替不能となることから失効・解除の催告の必要性を挙げる事情として考慮し、他方、自動貸付条項については解約返戻金がないと無意味なことから､復活条項については必ずしも復活が認められないことから、また、実務上行われている支払督促や本件Ｘに対してＹ社担当者Ａが度々注意したことについては約款条項自体の有効性が問題となる本件では約款外の実務上の措置は考慮対象とならないとして、無催告失効条項の合理性を基礎づける事情として考慮することを認めなかった。

これに対し、本判決は、猶予期間が１か月と通常の金銭債務解除の場合の催告期間よりも長いこと、自動貸付条項の存在などから「権利保護を図るための一定の配慮」がなされており、かつ、払込督促通知の運用が確実になされていれば、10条後段の要件は満たさないと判断している。ここからは、一方で、前述した猶予期間の問題、自動貸付条項の評価の点に違いがあり、他方で、約款外の督促通知の実務を10条後段の要件充足の際に考慮するか否かの点に違いがあるということがうかがわれる[17]。

そこで、本項では、本判決が消費者契約法10条後段該当性判断にどこまでの事情を考慮しているのかを検討する。本件でいえば、①自動貸付条項や猶予期間といった約款・契約上の事情、②支払督促通知のような当該契約を締結したすべての消費者にかかわる約款外・契約外の事情、③当該支払督促通知が本件のＸに届いたのかどうかという全消費者にかかわる約款外・契約外の事情を当該当事者に当てはめた場合の事情、④本件Ｘが先行して既に５回以上支払遅滞、２回失効となり、その際に度々Ｙ社の担当者から電話等で注意を受けたなど、当該当事者に固有の事情という４つの類型がある[18]。このどこまでが

---

17　山下友信「本件判批」後掲40頁

18　村田敏一「本件判批」後掲保険事例20頁はこのような類型化ではなく、10条前段要件該当事項との関連性の程度という基準で後段の考慮事項の範囲の問題

10条後段該当性判断の際に考慮されるのか[19]、という枠組で検討する。

最判平成23年７月15日民集65巻５号2269頁は、10条後段該当性の判断について、すでに「消費者契約法の趣旨，目的・・・に照らし，当該条項の性質，契約が成立するに至った経緯，消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべき」と判示している。この平成23年最判の一般論からすれば上記①－④すべてが考慮事項に含まれると理解することも可能である[20]。これに対し、原判決は明示的に②の事情を考慮することを否定し、その理由として無催告失効条項が消費者契約法10条により無効となるか否かが問題となっている本件においては、「約款外の実務」における措置については保険約款自体の有効性判断の際に考慮すべきでないとしている[21]。また、③ないし④の事情の考慮を否定する際にも、「個別の当事者間における事情を捨象して、当該条項を抽象的に検討して判断すべき」と述べており、この議論の補強として、消費者契約条項について適格消費者団体による差止請求が可能となったこと（消費者契約法12III、IV）を挙げている。

この原判決の判断を覆した本判決も、実際に考慮している事情は①及び②に

---

を定式化しており、後段該当性の判断で考慮できるのは少なくとも前段要件該当事項と間接的な関連がある事項に限られるとしている。

[19] なお、村田敏一「本件判批」後掲保険事例17頁、村田敏一「本件判批」後掲リマークス109頁によれば、①以外の約款外の実務態勢等の事実を消費者契約法10条後段の考慮事情とするか否かの判断には、契約者に周知され、あるいは少なくとも契約者が知りうる状態にあることが影響するか、という問題があることを指摘する。そして、この問題は、後述する契約締結時を基準に締結前の事情のみを考慮しうるという立場を採用する場合には契約成立過程に組み込まれている必要があることから周知ないし知り得る状態にあることが要求されるという立場を採用するようである。ただし、村田本人は、契約締結後の事情、失効時の事情を考慮しうるとしてこの問題を消極に解している。

[20] 学説として個別事情まで含むと提唱するものとして鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁、潮見佳男・契約法理の現代化（2004有斐閣）228頁

[21] 学説において消費者契約法10条後段要件の際の考慮事情をもっぱら条項内容に焦点を当てるものとして山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻４＝５号540頁（2001）、佐久間毅・民法の基礎１－総則〔第３版〕216頁（2008有斐閣）

とどまっている[22]。反対意見においても、具体例を挙げれば、自動貸付条項についての検討において、本件では解約返戻金が存在せず自動貸付条項が無意味であったことは「例えば」以下にあくまで例示として位置付けていることから(民集2224頁)、一般的な事情のレベルで検討をしていることがうかがえる。また、前掲最判平成23年７月15日民集65巻５号2269頁において具体的な当事者の事情を考慮しうる「契約が成立するに至った経緯」や「消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差」の判断（あてはめ）において考慮されているのは当該訴訟の当事者ではなく一般的・抽象的な「賃借人」「賃貸人」について情報の質および量並びに交渉力の格差についてであり、当該当事者限りの事情は検討されていなかった[23]。このほか、消費者契約法10条について判断した下級審裁判例に対しても、当該当事者の個別具体的な事情を検討せず、一般的事情のみを検討しているとの評価もなされている[24]。

---

22　本判決が③の事情を考慮していないとの評価については山下友信「本件判批」後掲42－３頁、45頁、小林道生「本件判批」後掲29頁参照。

23　ただし、前掲最判平成23年７月15日民集65巻５号2269頁は消費者契約法10条後段に該当しない判断をする際に「賃借人と賃貸人との間に更新料の支払いに関する明確な合意が成立している場合に」という条件を附している。この個所が、単純にその前部分であるところの「更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載され」ているか否かの抽象的な契約書の文言のみで判断されることであればこの条件に特に意味はないが、かかる契約書上の記載とは別に当該契約における当事者間の個別的具体的な事情を読み込めるのであれば、同最高裁判決の理解も変わってくる。

24　神戸地判平成17年７月14日判時1901号87頁〔賃貸借契約上の敷引特約を消費者契約法10条に基づき無効とした事案〕に対して山本健司「契約適合性判定権条項など４類型の契約条項について」消費者契約における不当条項研究会編・消費者契約における不当条項の横断的分析（別冊 NBL128号）23頁（2009商事法務)。そのほか、最判平成23年７月12日判時2128号43頁の田原睦夫補足意見は、敷引特約の消費者契約法10条後段について、賃貸借契約締結時の当事者の想定よりも短期に賃貸借契約が終了したような場合について「当該契約当事者間における個別事情」であることを理由に特約の有効性判断に考慮対象から外している。ただし、この事実は、後述する契約締結後の事情という整理とも整合的である（注32及び該当本文参照)。また、同補足意見は、賃貸借契約締結後、最初の更新時に賃借人が賃料値下げを了解させているという事情を当事者間の交渉力の格差の有無の判断事情に挙げており、必ずしも当事者限りの具体的事

実際に本件の差戻審において、消費者法10条後段の要件を満たさないと判断される際にも、Xを離れて一般的な保険料未納があった場合にY社が未納消費者に対して督促通知をする方法が確保されているか否かが検討されるのみであった（金判22－24頁）。

このようにみると、本件でも④Xが５度にわたり口座残高不足に陥っていたことやY社の担当者AがXに度々注意していたこと、③督促通知がXに発送されたことは消費者契約法10条後段該当性判断に影響しないということになる[25]。だが、このように解すると、③や④に該当する事情は、現実の消費者契約の相手方の救済の場面では一切考慮されないということになるのか。少なくとも③の事情については消費者契約法10条後段の要件該当性判断の際に考慮してよいことを示唆する裁判例・文献が存在する[26]。

---

情を排斥しているわけではない。さらに、同判決寺田逸郎補足意見は、田原補足意見と異なり、同特約の消費者契約法10条該当性の判断要素として「予定していた賃貸借期間を満了したこと」「特約の実質的意義を賃借人が理解していることが明らかであること」という当該契約当事者の個別事情を考慮要素に入れることを容認している。

[25] 当該条項が適用される契約のすべての契約者に向けて一律・画一的に行われている措置のみを考慮すべきとする見解として山下友信「本件判批」後掲40－41頁、小林道生「本件判批」後掲28頁、薬袋＝加藤「原判決判批」前掲注（6）文献209頁、榊「原判決判批」前掲注（6）文献97頁、山下「原判決判批」前掲注（6）文献17頁。そのほか､河上正二･約款規制の法理301－３頁（1988有斐閣）参照。これに対して、村田敏一「本件判批」後掲保険事例17頁、村田敏一「本件判批」後掲リマークス109頁は、約款規定・契約規定および約款外の画一的事実によって条項自体が有効であると判断された場合には個別契約固有の事情によって有効性を覆すことはできないが、契約約款の規定及び約款外の画一的事実によって消費者契約法10条により無効と判断される場合に個別契約固有の事情を無効を覆し条項を有効と解する方向に考慮することは、事業者が個別契約固有の事情の立証責任を負うことで認められるとするが、かかる非対称な取扱いとなる解釈を採用する根拠は示されておらず、何より本件がXの度重なる支払遅滞や担当者Aの説明など、村田の指摘する状況に近いにもかかわらずそのような配慮はなされていないため、かかる村田の整理は最高裁の採用する立場とは異なると解される。

[26] 横浜地裁横須賀支判平成23年６月13日前掲注（5）も個別事案における特定の保険契約者宛てに督促が送付されたかどうかを要件として課している。さら

この問題に対して、本件の差戻審は、復活の承認をしないことが信義則違反・権利濫用にならないかという問題を立てて、原審と異なり保険者の承認の判断の裁量は通常の新規保険の加入の場面よりも狭まるとし、しかも、その際の判断には保険事故リスクの増加の程度ではなく、手続が尽くされていたか否かを中心に検討している[27]。このように、消費者契約法10条による条項の有効・無効の問題とは別に、一定の責務を事業者が果たしていない場合には信義則上条項の援用が制限される[28]という形で、当事者限りの具体的事情を実効的に考慮できるのである[29]。

だが、本判決の理解には異なった観点からの整理もありうる。このような本判決の判断構造は、契約締結前後に分けて、契約締結前の事情は考慮してよいが、③、④に該当する事情は契約締結後の事情であるため考慮してはならないという従前より説かれていた整理[30]からも正当化できる[31]。

---

に通知の到達まで要求すべきではないかという方向を志向するものとして鈴木恵「本件判批」後掲106頁。また、消費者契約法９条１項の文脈で、学納金返還訴訟において、最判平成18年11月27日民集60巻９号3437頁、最判平成18年11月27日民集60巻９号3597頁は、当該入学予定者がいつ入学辞退したのかという契約締結後の事情を契約条項の有効性判断のレベルで考慮している点もこのような立場に親和的であることが指摘されている（山本·前掲注（7）文献50頁）。

27 金判25頁によれば、保険者の復活不承認の裁量の範囲内かの判断に、実際にリスクがどの程度増加したかではなく、Xの保険料支払遅滞、失効の事実およびAによる注意がなされたことのみを考慮している。

28 消費者契約法10条の事案ではないが、一定の責務を事業者が果たしていない場合には消費者に対して信義則上条項の援用が制限されるとするものとして最判平成13年３月27日民集55巻２号434頁。

29 大澤彩「本件判批」後掲18頁、山本・前掲注（7）文献49頁。失効条項の適用を制限する解釈として、神作「原判決判批」前掲注（9）文献161頁、山下＝米山・前掲注（12）文献697頁〔沖野眞已〕。

30 落合誠一・消費者契約法（2001有斐閣）150頁以下。これに対し、文脈は異なるが、同じく契約法における救済方法の一つである債務不履行損害賠償の場面で民法416条における予見可能性について、契約締結時ではなく、債務不履行時までとする理解が通説判例と整理されている点は（内田貴・民法III〔第３版〕161頁〔2005東京大学出版会〕、中田裕康・債権総論〔新版〕169頁〔2011岩波書店〕）、後述する注（32）に掲げる文献及び該当本文のように、契約締結時以後の事情も考慮対象となるという見解と親和的と評価し得る。

かかる整理に対して、②の事情に該当する支払督促通知の慣行が機能しているか否かについては、実際には、保険契約締結前の時点の事情のみが考慮されるわけではないのであり、このような整理では本判決の説明がつかないとの指摘が有力になされている[32]。しかし、本件Xとの関係の具体的事情を離れて、Y社において支払督促の慣行が機能しているか否かという②の事情の判断基準時を保険契約締結当時であることと、そのことを立証するために、保険契約締結後に支払督促通知の慣行が機能しているか否かの事情を主張・立証することとは両立しうる[33]。消費者契約法10条との関係で敷引特約の有効性について

---

[31] 本判決匿名コメント判時2149号136頁、小野寺千世「本件判批」後掲6頁、土岐孝宏「本判決判批」後掲143頁、大澤彩「本件判批」後掲18頁もこの整理か。他方、山本・前掲注(7)文献49頁もこの整理のようにも読み取れるが、同55頁の「おわりに」で展開される要約においては、10条後段要件該当性判断の場面での基準時は契約締結時ではなく失効時であるとし、信義則による援用制限は当該事案について例外的に具体的督促通知が行われなかったことのみを分類している。

[32] 山下友信「本件判批」後掲41頁(ただし留保付)、小林道生「本件判批」後掲28頁、村田敏一「本件判批」後掲保険事例17頁、村田敏一「本件判批」リマークス108－9頁、潮見佳男「本件判批」後掲68頁、鹿野「原判決判批」前掲注(6)文献78頁。そのほか沖野眞已「『消費者契約法(仮称)』の一検討(6)」NBL657号57頁以下(1999)、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編・コンメンタール消費者契約法〔第2版〕198頁(2010商事法務)も原則として契約締結時を基準とするが必要な場合には契約締結後の事情を考慮することも認められるとする。前述した最判平成23年7月12日判時2128号43頁の田原睦夫補足意見が考慮対象とすべきでない個別契約固有の事情の例として挙げた契約締結当時の想定よりも短期間で契約を終了したという事実も、契約締結後の事情という整理とも整合的である(注24参照)。だが、同補足意見は、賃貸借契約締結後、最初の更新時に賃借人が賃料値下げを了解させているという事情を当事者間の交渉力の格差の有無の判断事情に挙げており、必ずしも契約締結前後で分けているわけではないとみることも不可能ではない。

[33] 保険契約締結後とはいえ、長期間が経過していないのであれば、支払督促通知が行われるという慣行が存在したとの事実は、契約締結時にも当該慣行が存在したことを立証するための重要な証拠となる。もちろん、契約締結後の慣行の存在が証明されても、相手方である消費者側は、契約締結時以降に導入されたものであり、契約締結時には存在しなかったと反論・立証することは当然可

判示した最判平成23年７月12日判時2128号43頁において、田原睦夫補足意見は、契約締結当時の想定よりも短期間で契約を終了したという事実を、個別契約固有の事情であることから考慮対象とすべきでないと述べているが、この判断も、契約締結前後で区分するという整理とも整合的にみえる。そして、同補足意見が、当事者間の交渉力の格差の有無の判断事情として、賃貸借契約締結後、最初の更新時に賃借人が賃料値下げを了解させているという事情を挙げていることは、契約締結時の交渉力の格差の有無の判断の証拠としてであれば、契約締結後の事情を挙げることが禁じられているわけではないということを示している。

このように、本判決は、消費者契約法10条後段該当性判断において考慮対象とできる事情を限定し、個別具体的な事情ないし契約締結後の事情については第２ラウンドであるところの条項の援用が信義則違反となるか否かのレベルで考慮するという階層構造を示唆している。かかる階層構造を支える原理については、原審との対比から導かれられる（１）事情の個別具体性、もしくは従然の学説により指摘されてきた（２）契約締結時の前か後か、の２通りの論理が考えられる。この２つの論理構成の違いは本判決の射程に影響するところであるので後述する（11. 及び12. 本判決の射程（１)、（２）参照)。

### ５．猶予期間

次に、このようにして限定した考慮する事情の評価の違いについて検討する。まず、猶予期間についてであるが、原判決はそもそも履行期を猶予期間の末日としているため、猶予期間があることは催告の省略を正当化するための保険契約者に有利な事情にカウントされえなかった。これに対して、本判決は猶予期間として定められている１か月が通常の金銭債務不履行における催告解除の「相当の期間」よりも長期間であることが保険契約者の権利保護を図るための一定の配慮の一事由としてカウントされている。

対して、反対意見は、本件の猶予期間について、無催告にとって債務者が債務不履行に陥っていることを知って初めて意味あることとし、後述する督促通知が到達してからの期間としての約２週間を問題としており、相当の期間より

能である。

も長いわけではないとして「配慮の意味は乏しい」と評価している[34]。なお、本件一審は、金銭債権の催告期間を２日とした最判昭和30年３月22日民集９巻３号321頁、最判昭和46年11月18日判タ271号169頁を引用しており、評釈の中でも２週間であっても短くはなく長期であることが指摘されている[35]。

反対意見の述べるように猶予期間の長期化がどの程度、解除の催告及び相当期間の確保の制度の代替として機能するのかが疑わしいのは確かではあるが、ここでは、無催告条項を課すことが信義則に反するか否かが問題となっているのであり、約款全体として「権利が少しでも制限されているか否か」が問題になっているわけではない。よって、完全に代替機能を果たさなくても、法定よりも長期であるならば「一定の配慮」として無催告条項の正当化の理由としてカウントしてかまわないと思われる[36]。

---

34　そのほか支払督促通知から失効までの期間を問題とするものとして井野直幸「保険料の支払義務」塩崎勤編集・現代裁判法大系25巻66－７頁（1998新日本法規出版）、甘利公人「原判決判批」石田満編・保険判例2010 264頁（2010保険毎日新聞社）〔期間の十分性に問題があることから失効には不払いについて保険者の重大な帰責性を要求する〕。

35　山下友信「本件判批」後掲44頁注25、山下「原判決判批」前掲注（6）文献20頁注23

36　横浜地裁横須賀支判平成23年６月13日前掲注（5）及びその控訴審東京高判平成24年２月16日前掲注（5）も猶予期間を保険契約者の権利への一定程度の配慮として10条後段該当性を否定する事情として挙げている。そのほか鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献９頁、潘阿憲「原判決コメント」保険事例研究会レポート245号10頁（2010）も賛成。これに対し、保険契約者の不利益が補われないとするものとして後藤巻則「本件判批」後掲73頁。山下友信「本件判批」金法1950号42頁〔2012〕は、「猶予期間が長いという点は、不払いになっていることに気づかない保険契約者にとっては意味がない」として、「督促があることが最重要な考慮要素である」と述べているが、有効性を導く事情として考慮されていることを否定する趣旨ではない（山下・前掲注（12）文献343頁参照）。そのほか、猶予期間について支払督促通知からの期間を問題にすべきという見解として、村田敏一「本件判批」後掲保険事例19頁、村田敏一「本件判批」後掲リマークス109頁等があるが、このように考えることは、結局、支払督促通知の実務が確保されているかという後に検討する要件の問題であり、本判決が明示的に述べている、支払督促通知制度の運用とは別の要件としての、約款上の保険契約者の権利への一定の配

### ６．自動貸付条項

自動貸付条項の評価についても、本判決は、保険者の権利保護を図るための一定の配慮の一つと評価しているのに対し、原審・須藤反対意見は解約返戻金がなければ意味がないものであることを理由に「不利益を少なくする手段」として十分ではないとした（民集2315頁）。

これに対して、本判決は無催告条項を正当化しうる保険契約者の権利への一定の配慮の一事由としてカウントしている[37]。本件の具体的事情に着目すれば、本件は解約返戻金がない事案であり自動貸付条項は機能しないため、自動貸付条項を本件において失効条項を正当化する事情として考慮することには疑問の余地がある。しかし、本判決はそれでも自動貸付条項を保険契約者の権利保護のための一定の配慮としてカウントしていることは、前述したように、約款の条項それ自体についても、当該契約固有の事情の観点から判断するのではなく、一般的性質として保険契約者の権利保護に資するか否かという観点から検討していることの表れと評価できる[38]。契約締結時を基準に整理する立場からは、契約締結後の事情として考慮対象から外れると説明することになる。

---

慮という要件を空文化するものであり、少なくとも法廷意見の立場とは異なるのではないかと思われる。そのほか、本稿と同様、解除の催告制度（催告＋相当期間）との代替性のみを問題とすることへの疑問を呈するものとして潮見佳男「本件判批」後掲68頁参照。

[37] 猶予期間同様（注36該当本文参照）、横浜地裁横須賀支判平成23年６月13日前掲注（5）及びその控訴審東京高判平成24年２月16日前掲注（5）も自動貸付制度の存在を保険契約者の権利への一定程度の配慮として10条後段該当性を否定する事情として挙げている。そのほか鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献８頁、潘「原判決コメント」前掲注（36）文献10頁、上山「原判決判批」前掲注（6）文献29頁も賛成。これに対し、保険契約者の不利益が補われないとするものとして後藤巻則「本件判批」後掲73頁。山下友信「本件判批」後掲42頁は、「自動振替貸付は解約返戻金があることが条件になるので、すべての保険契約者が救済されることにはならないという限界がある」として、「督促があることが最重要な考慮要素である」と述べているが、有効性を導く事情として考慮されていることを否定する趣旨ではない（山下・前掲注（12）文献343頁参照）。

[38] 潮見佳男「本件判批」後掲68頁。上山「原判決判批」前掲注（6）文献29頁の指摘も同趣旨か。

## ７．復活条項

復活条項について、原判決は明確に催告の省略を正当化する事情としての考慮を否定し（民集2315－６頁）、本判決でも考慮事情には挙げられていない。原判決は考慮しない理由として、「復活には保険者の承諾を要するとこととされているところ、約款上その承諾をする基準が何ら定められていない」ということを挙げている。この後、原審が「復活が認められない場合も十分あり得る」としていることからすれば、単に約款の規定上の文言にとどまらず、実体法上、復活の承諾について保険者には制約がないということを前提としているように解されるし、本件の第一審も復活の可否は保険者が「原則として自由に判断できる」と述べている（民集2297頁）。このように保険者の復活の可否の判断が新規加入等の場面と同様、保険者に裁量を認めるのであれば、正当化事由として考慮しないという判断は是認できる[39]。

だが、本件の差戻審は、本件のように保険契約失効前に保険事故自体は発生していないがすでに健康を損ねているような場合においては、保険事故発生のリスクを共同で引き受けようとする意思が被保険者集団に存在していたと考えるのが相当である」という理由を挙げて、保険契約復活が緩やかに認められるように保険者の裁量の幅が狭まるとしている（金判25頁）。このような解釈を前提にすれば、復活条項の存在を、不催告条項を正当化する保険契約者の権利保護のための一定の配慮の一事情にカウントし得るのではないかと思われる[40]。とりわけ、本判決が消費者契約法10条後段との関係で考慮しうる事情を

---

39 賛成するものとして鈴木恵「本件判批」後掲105頁、村田敏一「本件判批」後掲19頁、村田敏一「本件判批」後掲リマークス109頁。これに対して、東京高判平成24年２月16日判例集未搭載（小林道生「本件判批」後掲25頁に紹介）は復活条項を保険契約者の権利への一定程度の配慮として10条後段該当性を否定する事情として挙げている。復活条項を正当化事由として考慮すべきとするものとして上山「原判決判批」前掲注（6）文献30頁、鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁。潮見佳男「本件判批」後掲68頁、山下「原判決判批」前掲注（6）文献15頁も同趣旨か。

40 さらに本判決の結論に反対し反対意見に賛成する甘利公人「本件判批」後掲107頁は、ドイツ保険契約法38条３項のように失効後１か月以内であれば保険者の承諾を必要とせずに復活を認める規定の導入を支持する。潘「原判決コメント」前掲注（36）文献10頁も失効から３か月以内であれば告知義務を課さず

限定的に理解していることが、第１ラウンドである消費者契約法10条による条項の有効無効の問題とは別に、第２ラウンドとしての、本件条項を当該事案に適用することが信義則に反しないか、権利の濫用とならないか、という問題を設定し、この第２ラウンドにおいて個別具体的な事情は考慮されるということに担保されているという本稿の整理（「４．消費者契約法10条後段該当性判断の対象となる事情」参照）からすると、この第１ラウンドの第２ラウンドへの依存関係をよりよく示すためには、復活条項の存在を正当化事由の１つに掲げることも考えられてよい[41]。

## ８．支払督促通知

本判決と原審・反対意見の結論を分けた一番の大きな点は実務上行われている支払督促通知の評価である[42]。原審は、先述したように約款外の事情として評価対象としなかったわけであるが、須藤反対意見は、支払督促通知を「あくまで事実上のものにすぎない」（民集2225頁）として正当化事由としてのカウントを拒否している。その理由に、約款上に規定していないことから「法的義務」にならないこと、法的保護の埒外にあることを挙げている。ここでは、原審のように「約款」に書いてあるかどうかというよりも、「法的義務」になっているかという観点、すなわち、現実に保険会社が督促通知を行わなかった場合に保険契約者に何らかの救済手段が与えられているか否かが問題とされてい

---

に復活の承諾をするという制度への変更を示唆する。

41　この観点からすれば、裏を返せば、本判決が復活条項を正当化事情としてカウントしていないことは、差戻審と異なり、本判決が、復活の承諾の可否の判断に保険者の裁量を認めていること、ひいては、本稿の整理とは異なり、第２ラウンドによって消費者側が救済を求めて争う余地は狭いことを示唆していると読み込むことも理論的に可能ではある。だが､このように理解する場合には、個別具体的な事情も含めて消費者契約法10条後段該当性判断において考慮されるとするか（注32に掲げられている文献及び注44と該当本文参照)、そもそも消費者契約法10条後段該当性の判断を緩やかに行う可能性を開くこととなろう。

42　山下友信「本件判批」後掲42頁､村田敏一「本件判批」後掲保険事例19－20頁、村田敏一「本件判批」後掲リマークス109頁、鹿野「原判決判批」前掲注（6）文献78頁、その他、山下＝米山・前掲注（12）文献688頁〔沖野眞已〕参照。ただし甘利公人「本件判批」後掲105－６頁は支払督促通知の評価の違いはそこまで大きくないことを示唆する。

ると読むべきである。

この反対意見を梃に本判決を読めば、支払督促通知の実務がなくなった場合、法的義務として債務不履行（損害賠償）の対象とならないにしても、本件失効条項の機械的な適用から免れられるのであり、それで救済は十分と最高裁は判断したことになろう[43]。そして、このような説明をするには、10条後段要件該当性判断の考慮事由の範囲を契約締結前後で分けると整理した場合、第２ラウンドであるところの本件条項の適用が信義則に反するか否か、または権利の濫用にあたるか否かというレベルで契約締結後の事情を考慮できることが必要となる[44]。

## ９．仮に無効とされた場合に期待される対応

本判決と異なり、無催告失効条項が無効とされた場合、催告及び解除の意思表示が必要となるが、この場合、どのような対応が必要となったのであろうか。とりわけ、上告受理申立理由にもあるように、民法541条の解除の催告は一般的に内容証明が必要と理解されており[45]、内容証明はコストがかかり[46]、一部の支払を遅滞する保険契約者のコストを、支払期日を遵守している大多数の保険契約者全体で負担せねばならないという問題をどのように考えるのか[47]。原審

---

43 山下友信「本件判批」後掲44頁、落合誠一「本件判批」後掲１頁、小野寺千世「本件判批」後掲７－８頁、永石一郎「本件判批」後掲12頁

44 これに対し、小林道生「本件判批」後掲28頁、村田敏一「本件判批」後掲保険事例17頁はそもそも消費者契約法10条後段該当性判断の際に、契約締結後の事情が考慮事由となるべきとする。

45 ただし民法541条の文言上は内容証明を要求していない。このような解釈はあくまで照明の確実性のために過ぎない（村田敏一「本件判批」後掲19頁）。

46 平成25年４月７日現在で、通常郵便料金（封書を仮定して80円）に一般書留料金420円（http://www.post.japanpost.jp/fee/simulator/kokunai/option.html）、内容証明料金420円（http://www.post.japanpost.jp/service/fuka_service/syomei/）により920円となる。速達（270円）に内容証明を追加した場合は780円となる。このほか、単純に経済的コストの問題ではなく、保険料の支払遅滞程度のことで内容証明を添えた催告という大げさな手段が行われることで、保険契約者からの苦情が頻発するおそれがあるということが実務サイドから指摘されている（山下友信「本件判批」後掲45頁注30）。

47 山下友信「本件判批」後掲45頁

は、この問題に対して、現在の支払督促通知の実務慣行を、約款によってそのまま催告の方法と定めればよいとする理解である（民集2317頁）。すなわち、通常は内容証明が必要と理解されている催告について、約款で催告の方法を現在の督促通知と同様の普通郵便の方法にすれば足りるという理解を提示する。この場合において、現実に当該当事者に郵便が到達したことまで必要とするのか、発送さえすればよいのか（③の事実類型の問題）は、原審からすると不明確であるが、「約款の規定を整備することで」コストの増大は回避できるとしていることからすると約款規定上、発送で足りると定めればそれで足りる（みなし到達条項）と理解することになろう[48]。このように理解すれば、催告の方法が債務者（消費者）の権利保護の観点からは後退することになり、やはり消費者契約法10条前段の要件は満たすことになろうがおそらく後段の要件は満たさないという理解が原審の判断の前提になっているようである[49]。

これに対し、須藤反対意見は、催告の方法について言及するところはなく、仮に無効となれば約款で催告の方法を内容証明から普通郵便の発信で足りるとするかどうかは言及していない。ただし、須藤反対意見は、前述の督促通知の実務を約款で定め、法的義務とすることで10条後段該当性を否定する解釈であるため、督促通知を催告とは再構成せずに[50]、そのまま約款に定めればよいということになる。この意味で、原判決、反対意見ともに、本件失効条項を無効と解したとしても、内容証明ある催告を保険者に要求するのではなく、現行の督促の慣行を約款上に何らかの形で記載することを求めるという程度の約款の改定にとどまるものであった[51]。そうであるとすれば、本件の事案における妥

48 山下「原判決判批」前掲注（6）文献18－９頁〔ただし山下友信本人は反対〕
49 ただし山下「原判決判批」前掲注（6）文献19頁、遠山「原判決判批」前掲注（6）文献８頁は消費者契約法10条等の不当条項規制により有効性に疑問が生じないという結論はさほど自明ではないとする。
50 そもそも支払督促通知を民法上の催告と構成するものとして潘阿憲・保険法概説22頁（2010中央経済社）
51 約款に書面による督促を行う旨の記載をすべきとするものとして神作裕之「保険・金融関連の契約条項の現状と問題点」消費者契約における不当条項研究会編・消費者契約における不当条項の実態分析（別冊 NBL92号）71頁（2004商事法務）。そして実際に大手生命保険会社では３か月後の催告を普通郵便（はがき）で行うことを明文化する約款改訂が行われている（山下友信「本件判批」

当な解決という点は捨象して、今後の適正な約款の在り方という観点から見たときに、本判決の結論を過大な事務コストの節減という観点のみから正当化しうるかどうか、疑問の余地はある。

### 10. 保険契約者の任意解約権との関係

上告受理申立理由の中には、生命保険契約等においては保険契約者には無催告の任意解約権が認められている（保険法54条、27条〔損害保険〕、83条〔障害疾病定額保険〕）こととの均衡上、保険者が約款により無催告の失効条項を設けることも正当化できるのではないかという議論の可能性があった[52]。これに対し、本判決はじめ原審・一審ともになにも述べていない。任意解約権は、かつては約款上の条項によって認められてきたものであるところ[53]、保険法によって定められている任意規定であり、消費者契約法10条はあくまで民法・商法の任意規定を基準にそこからの消費者の権利の制約を論じるものであることから、すでに保険法によって built-in されてしまった任意解約権の存在は他の点において消費者が不利に取り扱われていることを正当化する考慮事由に該当しないということであろう。消費者契約法上の構造上、理解できないではないが、そもそも任意規定が何のためにあるのか、とりわけ、交渉力のない当事者に敢えて有利な条項を設けるという penalty default の考え方からすると、交渉力のある保険者が約款で均衡を保とうと特段の規定を入れる際の正当化事由に built-in がすでになされている任意規定を持ち出すことはあながち不合理とは言えないのではないかと思われる。

### 11. 本判決の射程（1）：約款に限定されるか

本判決は、実務的には、生命保険約款上の無催告失効条項を消費者契約法10条により無効となるものではないと判断したものであるが、理論的には、消費者契約法10条後段の考慮事由を限定した判決として大きな意味と射程を持ちうる。とりわけ、消費者契約法10条後段該当性の判断の際に考慮できる事情の範

---

後掲46頁）。

52 反対、神作「原判決判批」前掲注（9）文献161頁、村田敏一「本件判批」後掲保険事例18頁

53 大澤・前掲注（6）文献28－９頁

囲を、契約・約款の文言以外でもよいが、契約締結時までの事情に限定する一方で、および本件の差戻審が行ったように、当該条項を仮に有効と判断しても条項の適用が信義則違反ないし権利濫用となるか否かという第２ラウンドにおいて個別具体的な事情、契約締結後の事情を考慮できるという階層構造を示唆する点は今後の消費者契約法10条が問題となる場面の解決の指針を示すものとして重要である[54]。

それでは、このような階層構造によるアプローチが妥当するのがどこまでなのか、という射程の問題がある[55]。消費者契約法は約款法（約款規制アプローチ[56]）ではなく、約款以外にも適用があり（消費者契約アプローチ）、かかる２つのアプローチの違いを強調すれば、本判決の射程は、少なくとも約款に限られるということになりそうである[57]。だが、この問題は、単純に約款規制アプローチと消費者契約アプローチという視点の違いを強調するかしないか、という問題ではない[58]。本判決の示唆する階層構造が、消費者契約法10条後段該当性判断において考慮事情を限定している原理が、当事者の個別具体的な事情の問題だからなのか、それとも、契約締結時以後の事情だからなのか、という問題と相関関係がうかがえるからである。

本判決の階層構造の原理が､事情の当事者限りの具体性にあると考える場合､一方で､そもそも当該事案限りで作成された約款以外の消費者契約においては､

---

54 山本・前掲注（7）文献55頁

55 消費者契約法９条１項については学納金返還請求訴訟において最高裁（最判平成18年11月27日民集60巻９号3437頁、最判平成18年11月27日民集60巻９号3597頁）が異なるアプローチを採用しているとうかがわれる点については、注26参照。

56 約款規制アプローチおよび消費者アプローチについては河上正二「総論」･消費者契約法―立法への提言（別冊 NBL54号）12頁〔1999商事法務〕参照。

57 潮見佳男「本件判批」後掲67頁、原判決に関連して山下「原判決判批」前掲注（6）文献17頁。これに対し、山本・前掲注（7）文献45頁以下は約款の定義の曖昧性を根拠にこの区分論に反対する。

58 この意味で、２つのアプローチの区分だけで論じるべきではないという山本･前掲注（7）文献46頁の記述には賛成するが、その理由として「約款」の定義のあいまいさを挙げ、２つのアプローチの区分論の重要性を否定することでこのアプローチ論の問題と、本判決の階層構造の区分原理との関係を看過した点では、支持できない。

すべての条項・条項外の事情が消費者契約法10条該当性のレベルでは考慮できないこととなってしまうところ、他方で、約款以外の消費者契約でも消費者契約法10条は適用され一定の場合には無効となる場面があることが想定されていることからすると、この２つの相反する要請を調和させるためには、約款以外の場面では、階層構造による消費者契約法10条該当性レベル（第１ラウンド）での考慮事実の制限はすべきではないということになる[59]。すなわち、本判決の射程は約款以外の消費者契約には及ばないということになろう[60]。とりわけ、本判決が、「多数の保険契約者を対象とするという保険契約の特質をも踏まえると」（民集2221頁）と述べていることからすれば[61]、本判決の階層構造の射程は、単純に約款というのにとどまらず、大数の原則により平等に取り扱われるべき消費者が多数いることが当然に予定されるという意味で通常の取引の便宜のための約款とは異なる保険約款に限定されると理解する可能性もある。

他方で、本判決の階層構造の原理が、契約締結時という基準時の点に求めるのであれば、大量取引のための約款か約款以外の具体的な消費者契約か否かという点は重要でない。よって、本判決の階層構造のアプローチの射程は約款以外にも及ぶこととなろう[62]。

---

59 山下友信「本件判批」後掲41頁、山本豊「消費者契約法10条の生成と展開―施行10年後の中間回顧」NBL959号24頁。このような理解は前掲最判平成23年７月15日が10条後段該当性の判断の際の考慮事項として挙げている「当該条項の性質」の中に約款か否かを入れて読み込むことで正当化しうるとする（山下「本件判批」後掲41頁）。

60 この意味で、本判決が消費者契約法10条後段該当性判断の際に考慮が禁止されるのは契約締結時前後基準ではなく、事情の個別具体性の点に求める山下友信（注32及び該当本文参照）が、本判決の射程を約款に限定していること（注57および59参照）は正当といえる。

61 趣旨は異なるが、判示のこの文言に注目するものとして小野寺千世「本件判批」後掲８頁

62 この点で、山本・前掲注（7）文献55頁が、10条後段要件該当性判断の場面では、契約締結時か否かではなく、当該事案限りか否かという事情の具体性を判断基準にしているように見えながらも（ただし同49頁の記述からは基準時区分も排除していないように見受けられることについては注31参照）、約款か否かを射程から外している点（同46頁）には疑問がある。

## 12. 本判決の射程（2）：適格消費者団体による差止訴訟

具体的当事者間での契約の有効無効の問題とは異なる射程の問題として、適格消費者団体による条項差止の場面（消費者契約法12条３項４項）では、そもそも個別具体的な当事者限りの事情が想定しえないため、本判決の提唱する階層構造アプローチの射程が及ぶのかという問題がある[63]。学説には、差し止め判決を契機として一般的実務対応を適切な範囲で条項面に反映するよう促すという、条項差止請求制度に期待される重要な機能の発揮を理由に[64]、個別事案を超えた一般的実務対応についても顧慮できないと解釈することを提唱するものがある[65]。すなわち、本件でいえば、条項外の一般的実務慣行であるところの支払督促通知実務が確立しているか否かは考慮できないこととなる。この理解が、本件無催告失効条項に対して適格消費者団体が差止請求という形で提訴した場合には、本判決の結論とは異なり、差し止めを認めるという趣旨なのであれば、疑問である。少なくとも条文の文言は、「10条・・・に規定する消費者契約の条項」と消費者契約法10条該当性を前提としており、通常の10条の場面と比較して差止であれば適用される範囲が拡大するという解釈は文言上無理がある。だが、そのような文言の形式論にとどまらず、そもそも、具体的な事情を考慮できないという適格消費者団体訴訟の構造から必然的に導かれる特徴が、なぜ、一方的に消費者側に有利にのみ、すなわち、事業者側に不利にのみ取り扱わなくてはならないのかの説明がなされていない点こそが重要である。

適格消費者団体による訴訟の場面では、消費者契約法10条の適用範囲が拡大するということは、具体的な当事者が救済を求める場合には消費者契約法10条の適用範囲が制限されるということを必然的に意味する。個別具体的な契約当事者･消費者からの救済方法が制限される政策的な理由は見出しがたいところ、おそらくは、本件におけるＸが何度も支払期月を渡過し、Ｙ社担当者が何度も説明しているにもかかわらず、失効を繰り返していたという事案の特殊性を強調し、当該事案限りの事例判決として本判決を理解したいという背景があるのかもしれない。だが、それならば、具体的当事者の事案においても、消費者契約法10条後段該当性判断の際の考慮事情を広くとり、むしろ、消費者側から

---

63 山本・前掲注（7）文献53頁以下参照

64 山本・前掲注（7）文献54頁

65 山本・前掲注（7）文献53頁

の無効主張を消費者の態様を理由に信義則で例外的に制限するという解釈をとるべきであろう。

よって、階層構造による区分原理を事情の個別性に求めるのであれば、適格消費者団体による条項差止訴訟においては、本稿の整理によるところの、第１ラウンドのみを考慮できるとすべきであり、第２ラウンドの信義則による援用制限については争う機会が確保されていないということになろう。そのため、個別具体的な当事者による請求の場合のほうが､当該条項が（有効ではあるが）適用されない場面が広いということになる。そして、このような帰結になる理由は、適格消費者団体による条項差止訴訟制度が、あくまで消費者契約法の場面で適用される特別な制度であり、具体的当事者の個別事情に着目した信義則による援用制限は、消費者契約法に関連するが、消費者契約そのものでないため特別な手続制度は利用できない、という形式論的な説明がなされる。

だが、本判決の階層構造による区分原理を、契約締結時という基準時に求めれば、前述の学説の狙うところを合理的に実現できると思われる。適格消費者団体の条項差止請求の場面おいて､「契約締結時」とは、当該条項を含んだ「現に行い又は行うおそれがある」契約が締結されるときということになる。このことは過去において具体的な「契約締結時」というものは存在せず、仮に定義するならば、現在ないし将来ということになろう。そして、実際の訴訟においては、証明ができれば将来を基準時とすることもできるし、そうでなくとも口頭弁論終結時を基準時となる。この帰結としては、差止請求事件では、訴訟継続中に証明できるすべての事情が10条後段判断の考慮事由となることになる。

そして、前述の一部学説の狙いが、契約の条項に書かれていない支払督促通知のような実務慣行では将来においても消費者への手続保障として維持されることのコミットメントがないことを問題としたい趣旨であれば、契約締結時として考えられる将来においてまで慣行の確実性がないとして、消費者契約法10条後段該当性を認めることとなろう[66]。

---

[66] ただし、現在において支払督促通知の運用が確実になされていることが本件の差戻審のようにコンピュータシステムの存在や人為的過誤が排除されているという認定までして証明された場合、将来においても確実になされることがおそらく推定されると解される。この意味で、仮に山本・前掲注（7）文献53頁以下の指摘が本件の無催告失効条項の差止を認めるという具体的な結論を企図

本稿は、本判決が階層構造の区分論をとる原理が個別の当事者の事情の具体性なのか、それとも契約締結時を基準時とするからなのかについて、最終的な結論は留保したい。だが、前述の射程についての２つの問題[67]について、約款以外の消費者契約にも射程を及ぼすべきであるという判断と、適格消費者団体による差止訴訟においては消費者契約法10条該当性の判断事情を広く解すべきという判断の学説によって提唱された２つの判断を説明できるという点で[68]、本判決は契約締結時前後による区分論を採用したと読むことが、さしあたりの結論としてではあるが、合理的であると解することにする。

※本判決の先行評釈として、足立格・NBL974号４頁（2012）、渡邉雅之・金法1943号81頁（2012）、鬼頭俊泰・ひろば65巻５号63頁（2012）、中川敏宏・法セ689号126頁（2012）、落合誠一・金商1391号１頁（2012）、自保ジャーナル1873号１頁（2012）、倉賀野伴明・ビジネス法務12巻７号10頁（2012）、土岐孝宏・法セ690号143頁（2012）、山下友信・金法1950号36頁（2012）、甘利公人・上智法学論集56巻１号95頁（2012）、小野寺千世・保険事例研究会レポート263号１頁（2012）、後藤巻則・金法1953号71頁（2012）、原田昌和・現代消費者法16号120頁（2012）、辰巳裕規・消費者情報431号24頁（2012）、永石一郎・金判1407号８頁（2013）、大澤彩・法教389号〔判例セレクト'12（I）18頁〕（2013）、小林道生・判時2169号153頁〔判評648号23頁〕（2013）、鈴木

---

するものであるとすれば、本稿のような整理を採用しても、その「狙うところ」を実現することはできない。

67 本稿で取り上げた２つの問題のほか、射程の問題には、消費者契約法10条後段要件該当性の判断を消費者が十分な情報と交渉力の下に承認した「契約自由型」の事案類型（最判平成23年３月24日民集65巻２号903頁〔敷引特約〕、最判平成23年７月12日判時2128号43頁〔敷引特約〕、最判平成23年７月15日民集65巻５号2269頁〔更新料特約〕）が例として挙げられている）と、当該条項によって消費者に課された不利益型の事情によって実質的には不利益となっていない可能性がないかどうかを問題とする「不利益減殺型」の２つに区分し、本判決の枠組みは「不利益減殺型」に限られるとする整理も指摘されている（鈴木・前掲注（7）文献10頁以下）。

68 ただし、かかる学説による２つの帰結が本当に望ましいか否かはやはり判断を保留したい。その意味で、本稿の整理はあくまで暫定的なものにすぎない。

恵･法セ増判例 Watch12号103頁（2013)、浅井弘章･銀法756号85頁（2013)、村田敏一・保険事例研究会レポート267号12頁〔保険事例で引用〕(2013)、村田敏一・私法判例リマークス46号106頁〔リマークスで引用〕(2013)、潮見佳男・平成24年重判67頁（2013）がある。

〔本稿は平成25年度科学研究費基盤研究(C)（課題番号：24530078）の研究成果の一部である〕

# 民　事　判　例　研　究

木　戸　　　茜

**労働契約上の安全配慮義務違反を理由に債務不履行に基づく損害賠償請求をする場合に、訴訟追行のための相当額の弁護士費用は、上記安全配慮義務違反と相当因果関係に立つべきとされた事例**

平成24年２月24日最高裁第二小法廷判決、(裁時1550号20頁、判タ1368号63頁、判時2144号89頁、金法1955号112頁、金判1388号29頁、金判1391号24頁)

## Ⅰ．事実の概要

X（原告、被控訴人、上告人）は、平成18年11月22日、雇用主であるY（被告、控訴人、被上告人）のチタン事業部工場においてチタン材のプレス作業に従事していたところ、400トンプレス機械（以下「本件プレス機」という）に両手を挟まれて両手挫滅創の傷害を負い、両手の親指を除く計８指を失うに至った（後遺障害の等級は五級）。

本件プレス機は、作業者がフットスイッチを操作すると、上部プレス板が下降して下部プレス板に接着して圧をかけた後、元の位置まで上昇し停止するというものである。一度フットスイッチを操作すると、この一工程が終了するまで動きを止める手段はない。なお、本件プレス機のプレス面に納まらない部材等について、作業者が手で押し入れてプレスする作業が予定されていたが、安全囲い等の装置は取り付けられていなかった。

Xは平成13年３月にYに入社しITセンターに配属されたが、平成18年４月にチタン事業部に異動となった。そこでXは、チタン材を本件プレス機によってプレスし、ドラム缶等に詰めなおす作業に従事することとなった。Xはチタン事業部主任Aから本件プレス機の使用についての一般的な説明、実演をし

てもらう等の指導を受け、平成18年９月以降たびたびプレス作業に従事した。平成18年11月22日、Ｘは一人で本件プレス機を操作していたところ、本件事故にあった。なお本件事故後、Ｙは労働基準監督署から是正報告及び指導を受けている。

Ｘは Ｙに安全配慮義務違反があったとして、逸失利益、慰謝料、および弁護士費用700万円を求めて提訴した。第一審（大津地裁彦根支判平成22年５月27日金判1388号38頁）は、Ｙの安全配慮義務違反を認めた。そのうえでＸの受給した年金を控除し、Ｘに４割の過失があったとして過失相殺をして、Ｙに対し、Ｘに3393万7508円と遅延損害金を支払うよう命じた。弁護士費用については特に論ずることなく、340万円をＹがＸに支払うべきとした。

これに対してＹが控訴したところ、原審（大阪高判平成23年２月17日金判1388号34頁）は、第一審と同じく安全配慮義務違反を認めたが、Ｘの過失を６割とし、年金を控除したうえで、Ｙに対し、Ｘに1876万5436円と遅延損害金を支払うよう命じた。弁護士費用については、単に「Ｘが主張する弁護士費用の損害賠償の主張は失当であ」るとして認めなかった。

そこでＸが弁護士費用について、Ｙの安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害であるとして上告し、受理されたのが本件である。その余の上告は棄却されている。

## Ⅱ．判旨

破棄差戻し。

「労働者が就労中の事故等につき、使用者に対し、その安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合と同様、その労働者において、具体的事案に応じ、損害の発生及びその額のみならず、使用者の安全配慮義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事案を主張立証する責任を負うのであって（最高裁昭和54年（オ）第903号同56年２月16日第二小法廷判決・民集35巻１号56頁参照）、労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない。そうすると、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権は、労働者がこれを訴訟上行使するためには弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をすることが困難な類型に属する請求権であるということができる。」

「したがって、労働者が、使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求するために訴えを提起することを余儀なくされ、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、上記安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害というべきである（最高裁昭和41年（オ）第280号同44年２月27日第一小法廷判決・民集23巻２号441頁参照）。」

「以上によれば、原審の前記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中、債務不履行に基づく損害賠償請求のうち弁護士費用に関する部分につき、190万円及びこれに対する訴状送達の日の翌日である平成21年２月１日から支払済みまで年５分の割合による金員の請求を棄却した部分は、破棄を免れない。そして、弁護士費用の額について審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻すこととする。」

## Ⅲ．検討

### １　序論

損害賠償を請求するにあたって訴訟追行を弁護士に委任した場合、訴えを提起した者は弁護士費用についても相手方に請求することができるか。

現在わが国では、当事者が裁判所に支払った、または支払うべき裁判費用は、基本的に敗訴者が負担すると規定されている（民訴61条、民事訴訟費用等に関する法律（昭46）２条）。ただしそれは、裁判所に支払うべき訴訟費用についてのみあてはまることで、当事者が事件を依頼した弁護士に支払った報酬については、訴訟の帰趨にかかわらず、当事者が各自で負担するのが原則である[1]。しかし、当事者本人による訴訟追行は困難であり、わが国では弁護士強制主義が採用されていないとはいえ、弁護士の専門的知見に頼らざるを得ない場合もあろう。そのような場合にも当事者が多額の弁護士費用を負担せねばならない不合理を避けるため、裁判実務では、弁護士費用を不法行為あるいは債務不履行と相当因果関係にある損害であるとして、その賠償を相手方に請求する試み

---

[1] 2004年、政府は司法制度改革審議会の意見書に基づき、弁護士報酬敗訴者負担制度の導入に関する法案を国会に提出したが、廃案となった。半田吉信『弁護士報酬敗訴者負担制度の比較研究』（法律文化社、2006年）１頁。

がなされてきた。

　不法行為の事案について、最高裁は、弁護士費用を不法行為と相当因果関係にある通常損害であるとし、その請求を肯定した（最一判昭和44年２月27日民集23巻２号441頁、以下、「昭和44年判決」という）。不法行為一般について、これは現在に至るまで確立した判例の立場であるといえよう。他方で、債務不履行の事案については、最高裁は弁護士費用の請求を否定した（最一判昭和48年10月11日集民110号231頁、以下、「昭和48年判決」という）。ただしこれは、民法419条が適用される金銭債務の不履行の事案であり、非金銭債務の不履行の事案については判例の立場は不明であった[2]。

　このようななか、本件は、安全配慮義務違反[3]を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求[4]の事案において、弁護士費用の請求が認められた、はじめての最高裁判例である。本判決は、最二判昭和56年２月16日民集35巻１号56頁を引用して労働者が主張立証すべき事実を挙げ、それらが不法行為に基づく損

---

2 匿名コメント「金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償としての弁護士費用の請求」判時723号（1974年）44頁、太田勝造「訴訟に要する費用（１）―弁護士費用の請求」別ジュリ114号民訴判例百選Ⅰ（1992年）34頁。

3 安全配慮義務とは、相手方の生命・身体・健康を危険から保護するよう配慮すべき義務である。特に、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者が信義則上義務を負うとされる場面について、判例法が形成されてきた。リーディングケースは、自衛隊員が服務中に事故死した事案で、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示の下に遂行する公務の管理にあたって、国は、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（安全配慮義務）を負うとした、最三判昭和50年２月25日民集29巻２号143頁である。安全配慮義務に違反した場合、これを契約上の付随義務違反による債務不履行ととらえるか、一般の注意義務違反であるとして不法行為ととらえるか、議論がある。しかし上記リーディングケースにおいて、安全配慮義務違反は債務不履行ととらえられ、現在の裁判実務において確立した判例の立場となっている。

4 ある事故の発生について不法行為上の注意義務違反と安全配慮義務違反の双方が成立する場合、被害者は、不法行為に基づく損害賠償請求権と安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の両方を持つこととなり、その一方又は両方の権利を自由に選択して訴えを提起することができる。高橋譲「安全配慮義務」伊藤滋夫他編『民事要件事実講座第３巻』（青林書院、2005年）492頁。

害賠償請求をする場合とほぼ変わらないとしたうえで、不法行為の事案である昭和44年判決を引用し、本件弁護士費用を安全配慮義務違反と相当因果関係に立つ損害であると明示的に肯定した。そこで以下では、本件で示された判断枠組みがどのようなものか、また、その判断枠組みの射程がどこまで及ぶか検討し、いくつかの問題点の指摘を試みる。

## ２　弁護士費用の請求に関する従来の判例の状況

### （1）不法行為の事案１：原告の提訴自体が不法行為を構成する場合

裁判実務ではかねてより、不法行為訴訟において、弁護士費用相当額について損害賠償請求がなされてきた。このうち、原告の提訴が著しく反倫理性を帯び、公序良俗に反するという場合には、その提訴自体が不法行為を構成することになる。このような事案においては、判例は古くから、被告が応訴のために負担した弁護士費用を賠償すべき損害として認めてきた。

大審院において、不法な訴えや仮差押えに対して応訴することを余儀なくされた場合、弁護士費用は、「不法行為ニ因ル損害」[5]、「不法行為ニ因リ通常生スヘキ損害」[6]として認容されてきた。その後、民刑連合部判昭和18年11月２日民集22巻1179頁においても、「不当ニ訴ヲ提起セラレ不得已弁護士ニ委任シテ応訴シタル被告ハ其訴カ目的其他ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル処アリ不法行為ヲ構成スルニ於テハ応訴ノ為メ委任シタル弁護士ニ支払ヘル相当範囲ノ報酬手数料其他ノ費用ニ付キ民法不法行為ニ関スル規定ニ従ヒ之カ賠償ヲ原告ニ請求スルコトヲ得ヘシ…我訴訟法ハ弁護士ノ代理ヲ強制セスト雖訴訟ニ於テ完全ニ攻撃防禦ノ方法ヲ尽シ自己ノ利益ヲ充分擁護センニハ弁護士ニ委任スルニ非サレハ困難ナル場合多ク実際ニ於テモ訴訟ノ当事者カ自身訴訟行為ヲ為スコトナク弁護士ヲ代理人トシテ訴訟ヲ遂行セシムルヲ通常トシ従テ不法ノ訴ニ対シ不得已応訴シタル被告ノ弁護士費用ハ該訴ニヨリ通常生スヘキ損害ト云フヲ得ヘキカ故ナリ」と判示され、弁護士費用の請求が認められた。

不法の訴えに対してやむを得ず応訴した者の弁護士費用は、不法の訴えにより通常生ずべき損害であるとされており、これは確立した判例理論となってい

5　大判昭和８年５月30日新聞3563号８頁、大判昭和16年９月30日民集20巻1243頁。
6　大判昭和13年11月７日判決全集５巻1118頁。

る[7]。

### （2）不法行為の事案2：上記（1）以外の場合

他方で、不法な訴えの事案以外でも、不法行為の被害者が訴訟によって自己の権利を主張・防御する場合、本来の損害賠償請求の他に、弁護士費用についても併せて請求がなされている。

大審院は、Y（被告・被控訴人・被上告人）によって不法になされた抵当権設定登記の抹消を求める訴訟において勝訴したX（原告･控訴人･上告人）が、その後、訴訟追行を委任した弁護士に支払った報酬を当該不法行為による損害であるとして請求した事案において、「YカX所有不動産ニ對シ故意ニ不法ノ登記ヲ為シタル結果Xハ之ヲ排除スル為メ辯護士ニ委任シテ訴訟ヲ為スノ已ムナキニ至リ其ノ報酬ヲ支拂ヒ損害ヲ受ケタリトシテ不法行為ニ因ル損害賠償ヲ請求スルモノト解スヘク此ノ主張事実ニ依レハXノ辯護士ニ支拂ヒタル報酬ハ民事訴訟法ニ規定セル訴訟費用ニハ非サルモ不法行為ニ因リテ生シタル損害トシテYニ於テ之カ賠償ノ責アリト云ハサルヘカラス」として、弁護士費用の請求を肯定した（大判昭和11年2月28日民集15巻300頁）。

最高裁においても、不法行為の事案について、昭和44年判決で弁護士費用の請求が認められた。その概要は以下の通りである。X（原告・被控訴人・被上告人）と親戚関係にある訴外人らが、権限を有していないにも関わらず、Xから代理権を授与されたと称してX所有の土地建物に根抵当権設定契約を締結し、金融機関Y（被告・控訴人・上告人）から融資を受けた。その後Yが抵当権の実行を申し立てたことを受け、XがYに対し、根抵当権設定登記の抹消を求めると同時に、慰謝料及び弁護士費用について損害賠償を求めて提訴した。最高裁は、根抵当権設定登記の抹消請求を認容し、根抵当権の不存在につき少なくとも過失によりYが競売の申立をしたことは不法行為を構成するとして損害賠償請求を一部認容した原判決を支持した。そのうえで弁護士費用について、「わが国の現行法は弁護士強制主義を採ることなく、訴訟追行を本人が行うか、弁護士を選任して行うかの選択の余地が当事者に残されているのみならず、弁護士費用は訴訟費用に含まれていないのであるが、現在の訴訟はますます専門化され技術化された訴訟追行を当事者に対して要求する以上、一般

---

[7] 岡本詔治『損害賠償の範囲Ⅰ（総論・売買）』（一粒社、1999年）220頁。

人が単独にて十分な訴訟活動を展開することはほとんど不可能に近いのである。従って、相手方の故意又は過失によって自己の権利を侵害された者が損害賠償義務者たる相手方から容易にその履行を受け得ないため、自己の権利の擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合においては、一般人は弁護士に委任するにあらざれば、十分な訴訟活動をなし得ないのである。そして現在においては、このようなことが通常と認められるからには、訴訟追行を弁護士に委任した場合には、その弁護士費用は、事実の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべきである」として、弁護士費用の賠償請求を肯定した。

このように最高裁は、一般の当事者が単独で訴訟活動をすることの困難を指摘し、自己の権利の擁護のための訴訟追行を弁護士に委任せざるをえないとして、弁護士費用の請求を認めた。不法行為に基づく損害賠償を請求するために要した弁護士費用は、当該不法行為に基づく通常損害に含まれることになり、裁判実務では、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、弁護士費用の賠償請求をも認める運用が定着している。これは、現在の訴訟の専門化、技術化を理由に、不法行為訴訟一般について原則的に不法行為と弁護士費用との因果関係を肯定するものであり、個々の事案ごとに本人による訴訟追行が実質的に困難であるかを考慮したうえで弁護士費用の請求の可否を判断するというものではない[8]。加害者に不法行為責任が成立すればそのことをもって弁護士費用の請求が認められていると思われる。

不法行為訴訟において、不法行為と弁護士費用との因果関係が認められるとすれば、相当因果関係が認められる範囲、すなわち、弁護士費用をどこまで被告が負担するのかが問題となる。この点につき昭和44年判決は上述したように、「事実の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り」、弁護士費用を不法行為と相当因果関係に立つ損害と認めるとしている。裁判実務では、特に交通事故訴訟の裁判例におい

---

[8] 小倉顕「不法行為による損害と弁護士費用」ジュリ424号(1969年)121頁、萩澤清彦「不法行為訴訟と弁護士用」別ジュリ36号続民訴判例百選(1972年)76頁、小島武司「不法行為訴訟における弁護士費用」別ジュリ76号民訴判例百選(1982年)72頁。

て、認容額の一割程度を基本としつつ、上記のような諸般の事情を考慮して判断するとの基準が設けられている。なお、一般的には弁護士費用は、認容額が高額であれば一割を下回り、少額であれば一割を上回ることが多い[9]。個々の事案において、具体的にどのような事情が考慮されているかは明らかではないが、実務上一定の算定基準が設けられ、それに沿って弁護士費用の負担割合が判断されているようである[10]。

### （3）不当利得の事案：過払金返還請求

過払金返還請求訴訟について、最二判平成21年11月９日判タ1313号112頁は、民法704条後段の損害賠償責任と民法709条との関係を、「民法704条後段の規定は、悪意の受益者が不法行為の要件を充足する限りにおいて、不法行為責任を負うことを注意的に規定したものにすぎず、悪意の受益者に対して不法行為責任とは異なる特別の責任を負わせたものではない」と判示しており、これ以降、民法704条を独立の根拠とする損害賠償請求はありえなくなった。

しかし、この判決以前は、704条後段に基づく不当利得返還請求権と、不法行為に基づく損害賠償請求権とが競合し、併せて請求される場合があった。このような事案においても弁護士費用の請求がなされることになるが、ここでは、それぞれの請求に係る弁護士費用が個別に請求され、判断されており、不法行為と相当因果関係のある弁護士費用のみが損害として認められていた。

---

[9] 大阪地裁民事交通訴訟研究会が公表した、『大阪地裁における交通損害賠償の算定基準』（例えば判例タイムズ社、2007年）11頁及び71頁による。その他、古笛恵子「弁護士費用をめぐる法的問題」法律のひろば56巻４号（2003年）54頁、藤村和夫・山野嘉朗『［新版］概説交通事故賠償法』（日本評論社、2003年）138頁参照。

[10] 交通事故訴訟においては、自動車の普及、交通事故の増加に伴い、地裁交通部や弁護士会が損害額の算定基準を作成し公表した経緯があり、その他の訴訟における弁護士費用の負担割合の算定基準は明らかではない。しかし、債務不履行に基づく損害賠償請求の事案である医療過誤、安全配慮義務違反の訴訟においても、認容額のほぼ一割が弁護士費用の損害賠償として認められているとの指摘がある。古笛恵子（前掲注９）56頁以下。なお、本件においても、原審で1876万5436円の損害賠償が認められたのに対し、弁護士費用の請求額は190万円であり、認容額のほぼ一割である。

例えば、名古屋高判平成20年２月27日金法1854号51頁は、貸主の行為は不法行為と認めるのが相当であるとして、不法行為に基づく慰謝料請求に係る弁護士費用の賠償請求を認める一方で、不当利得返還請求に係る弁護士費用については、「本件訴訟の追行に要した弁護士費用が民法704条後段所定の損害にあたるとする控訴人の請求は認められない」として請求を認めなかった[11]。

しかし、貸主の行為が不法行為にあたらない場合であっても、弁護士費用を民法704条後段に基づく損害として認めた裁判例も、一方で見受けられる。札幌高判平成19年４月26日判時1976号60頁は、「一審被告が、一審原告が利息制限法所定の制限を超える利率で一審被告に支払った利息について、その元本充当、元本債務消滅後の支払分の返還に容易に応じないことは、本訴における一審被告の訴訟追行の態度から明らかであり、そのために、一審原告は弁護士に委任して本訴を提起せざるを得なかったというべきであるから、一審原告の弁護士費用は民法704条後段所定の損害に当たると解するのが相当である」として、弁護士費用の請求を認めた[12]。

### （4）債務不履行の事案１：金銭債務の不履行の場合

債務不履行訴訟においても、債務不履行に基づく損害として弁護士費用相当額の賠償を求めることができるか、問題となる。しかし、このうち金銭債務の不履行の事案については、弁護士費用の請求は否定される傾向にあった。

大審院は、売買契約上の債務不履行を理由とする損害賠償請求事件である大判大正４年５月19日民録217輯25頁において、「債務不履行ノ結果提起サセラレタル訴訟ニ於テ辯護士ニ訴訟代理ヲ委任シタル場合ト雖モ債務者ハ民事訴訟費用法ノ規定ノ範囲外ニ於テ賠償ノ責ニ任セサルヲ以テ辯護士ニ支拂ヒタル報酬及ヒ手數料ハ之ヲ賠償スルノ要ナキモノトス」とし、弁護士費用の請求を否定した。

その後、昭和48年判決においても弁護士費用の請求は否定された。これは、利息制限法１条１項所定の利率の制限を超える約定のある金銭消費貸借の返還

---

11 同様のものとして、大阪地判平成16年３月５日金判1190号48頁、山形地裁酒田支部判平成20年２月14日判時1998号101頁がある。

12 この他、名古屋高裁金沢支部判平成21年６月15日判タ1310号157頁も、民法704条後段に基づく弁護士費用の請求を肯定している。

請求の事案で、貸主X（原告・控訴人・上告人）が、弁護士費用を含む取立費用を履行遅滞による損害賠償として請求した事案である。なおXは訴訟追行を弁護士に委任していたが、借主Y（被告・被控訴人・被上告人）は本人訴訟であった。最高裁は「民法419条によれば、金銭を目的とする債務の履行遅滞による損害賠償の額は、法律に別段の定めがある場合を除き、約定または法定の利率により、債権者はその損害の証明をする必要がないとされているが、その反面として、たとえそれ以上の損害が生じたと立証しても、その賠償を請求することはできないものというべく、したがって、債権者は、金銭債務の不履行による損害賠償として、債務者に対し弁護士費用その他の取立費用を請求することはできないと解するのが相当である」として、弁護士費用の請求を否定した。

このように、判例は金銭債務の不履行の事案について、民法419条を根拠に、そこで規定されている以上の費用を損害として賠償請求することはできないとして、弁護士費用の請求を否定している[13]。しかし、金銭債務の不履行の事案であっても、弁護士費用の請求が肯定された事案がないわけではない。

東京地判平成元年３月29日判タ717号160頁では、ビデオテープ原反の売買契約において、買主X（原告）が代金全額を支払ったにもかかわらず売主Y（被告）が一部履行不能となったため、YがXに原反を特別値引単価で売却し、Xが通常単価で転売して、その利益でXの損害を填補する契約を締結したが、Yがこれを履行しなかった。そこでXが債務不履行に基づく損害として、弁護士費用を含む損害賠償請求をしたところ、弁護士費用について、「本訴は金銭の給付を目的とするものではあるが…本来の債務に代わる損害賠償としての金銭給付を求めるものであって、貸金債権等とは趣を異にする面があり、これに不法行為に基づく損害賠償の取扱いとの均衡等をも合わせ考慮すると、原告の右弁護士費用の支出は被告の前記債務不履行と相当因果関係がある損害として、被告に負担させるのが公平であり、また、今日の法的紛争解決の実態に沿うものというべきである。そして、本件審理の経緯、本件事案の内容及び解決の難易度、認容額に照らすと、原告の右支出額は相当なものというべきである」として請求を認めた[14]。

---

13　太田勝造（前掲注２）34頁。

14　ただし、この事案ではそもそもYが売買の目的物について債務不履行に陥っ

### （5）債務不履行の事案２：非金銭債務の不履行の場合

非金銭債務の不履行に基づく損害賠償請求の事案において、訴訟追行のための弁護士費用が上記義務違反と相当因果関係に立つ損害と言えるのか、確立した最高裁判例は見当たらない。下級審をみると、弁護士費用の賠償請求が否定されたものもあるが、安全配慮義務違反や医療過誤のように、債務不履行と不法行為とが競合する事案をはじめとして、弁護士費用が債務不履行と相当因果関係のある損害であると認められてきている。

大阪高判昭和48年11月28日判タ307号191頁は、弁護士費用の請求を否定している。この事案では、原審で請負契約の不履行による損害賠償請求を認容された注文者Ｘ（原告、被控訴人、付帯控訴人）が付帯控訴として、請負人Ｙ（被告、控訴人、付帯被控訴人）に対し、弁護士費用もＹの債務不履行に基づく損害であるとして賠償を求めた。大阪高裁は「不法行為や債務不履行が反社会的、反倫理的加害行為に該当しない場合には、賠償義務者は違法に至らない限度で自分の権利の防禦伸長のために抗争することが許されるから、右抗争のために賠償請求者が弁護士費用の支出を余儀なくされても、その支出は不法行為や債務不履行と相当因果関係のある損害には該当しないと解するのが相当であ」り、本件の債務不履行は、著しく反社会的反倫理的な行為に該当しないとして、弁護士費用の請求を否定した。

また、東京高判昭和55年２月27日判タ413号94頁は、原告が不法行為ではなく債務不履行に基づく損害賠償請求を選択した場合に、弁護士費用の損害賠償請求を認なかった。これは、自衛隊員Ａが公務執行中、車両に同乗していた別の隊員の運転操作ミスにより事故死した事案で、遺族Ｘ（原告・被控訴人）が国（被告・控訴人）に対し、国は公務に従事する者をして生命・身体に危険を及ぼすことのないよう安全配慮義務があるのに、これを尽くさなかったとして、弁護士費用を含む損害賠償を請求した事案である。東京高裁は第一審と同様、国の安全配慮義務違反を認め損害賠償請求を認容したが、弁護士費用の請求については「Ｘにおいて債務不履行による請求権を選択して請求し訴訟を追行した以上これに要した弁護士費用を損害として賠償請求し得べき理由はない」として、弁護士費用の請求を否定した。

しかし、同じく安全配慮義務違反の事案について、弁護士費用の請求を認め

---

ているのであり、実質的には非金銭債務の事案であるといえる。

る理由を示した裁判例がある。神戸地裁尼崎支判昭和54年２月16日判時941号84頁は、移動式クレーンを用いた金属スクラップの積込み作業中、破片の飛散により左目等を負傷した従業員Ｘ（原告）が、Y1及びY2（被告）に対し、安全配慮義務違反があったとして損害賠償を請求した事案である。なおY1はＸの直接の使用者である下請負業者であり、Y2はその元請負業者であった。判決は、Y1及びY2双方の安全配慮義務違反を認め損害賠償請求を認容したうえで、Ｘが請求していた弁護士費用について「本件のごとく不法行為を構成するに足りる債務不履行の事案においては、弁護士費用は相当因果関係のある範囲で損害となりうるものと解すべき」として、弁護士費用の請求を肯定した。

また、安全配慮義務違反と同様、債務不履行と不法行為とが競合する医療過誤の事案の例として、名古屋高裁金沢支判昭和53年１月30日判タ362号320頁がある。ここでは、Ｘ（原告、被控訴人）は医師Ｙ（被告、控訴人）による男性器の整形手術を受けたが、その際Ｙが判断を誤って若干過度に切除したため、手術から２年経過後においてもＸの男性器に痛みなどの症状が残った。そこで、ＸがＹの債務不履行による責任を追及し、弁護士費用を含む損害賠償請求をしたところ、判決は、Ｙの債務不履行を認めたうえで、ＸのＹに対する弁護士費用の請求について「少なくとも本件の如く本来の債務が金銭債務ではなく、かつ、その債務不履行が不法行為をも構成するような場合においては事案の難易、請求額、認容されるべき額その他の事情を考慮して相当と認められる額の範囲内の弁護士費用は当該債務不履行により通常生ずべき損害に含まれるものと解するのが相当であ」るとして、弁護士費用の請求を肯定した。

以上のように、非金銭債務の不履行の事案について、弁護士費用を損害賠償請求に含めた場合にこれを認めるか、裁判例の立場は明らかではないものの、医療過誤や安全配慮義務違反等、法的構成としては債務不履行に基づく損害賠償請求ではあっても、不法行為が競合するような事案については、弁護士費用は債務不履行と相当因果関係のある損害として、その賠償請求が認められている。

さらに、不法行為が競合しない、非金銭債務の不履行の事案においても、弁護士費用の請求が認められた例がある。福岡高判平成11年10月28日判タ1079号235頁は、建築請負契約における瑕疵担保責任の事案において、「一般に、請負人が、その建築に係る建物に瑕疵を生じさせたことが、請負人の故意による場合や、あるいは、過失による場合であっても、その瑕疵が居住者の健康に重大な影響を及ぼすようなものである等、当該瑕疵を生じさせたことの反社会性な

いし反倫理性が強い場合には、請負人は、瑕疵担保責任のみならず、不法行為責任をも負うものと解するのが相当である」が、本件はこれにあたらないとして不法行為構成を否定したうえで、「一般に、建築工事の瑕疵を理由とする損害賠償訴訟は、訴訟の中でも専門性ないし難度の高い部類に属するものであり、いわゆる本人訴訟によって適切な主張、立証をすることはほとんど不可能である。したがって、特段の事情のない限り、右訴訟においては、弁護士費用についても賠償を請求できるものと解するのが相当である」として、弁護士費用の請求を肯定した。

### ３　弁護士費用の請求に関する従来の学説の状況

わが国では、弁護士費用について敗訴者負担制度が採用されておらず、当事者が各自で負担するものとされていた。しかし、訴訟制度や事件の複雑化のために弁護士に訴訟追行を委任しなければ権利の擁護が困難な状況も多いことから、敗訴者負担制度の枠組みによってではなく、弁護士費用を損害賠償の範囲に含めることによって、弁護士費用を加害者又は債務不履行者に転嫁することができないかということが論じられてきた。

不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における弁護士費用について、末川は、弁護士費用はあくまで訴訟によって生じたもので、不法行為による損害ではないとして弁護士費用の請求を否定した[15]。末延は、不法行為者が任意に賠償しないためにやむを得ず訴訟を提起した場合には、弁護士費用は当該不法行為から「通常生ずべき損害」となるとした[16]。また、川島は、不法行為の違法性が強い場合に限り、弁護士費用は実質的には不法行為から生ずる通常損害とみることができ、その賠償が認められるとした[17]。その後、不法行為の事案については昭和44年判決が確立した判例となり一応の決着がついた。不法行為訴訟における弁護士費用相当額の損害は、当該不法行為から生ずる通常損害とみなされることとなり、この立場は学説からも支持されている。

これに対して、債務不履行による損害賠償請求の事案において弁護士費用の請求を認めるべきか否かについては見解が分かれている。

---

15　末川博「批判」民商４巻２号（1936年）175頁以降。

16　末延三次「批判」判民昭和11年度76頁。

17　川島武宜「弁護士費用の賠償」ジュリ200号（1960年）84頁。

末延は、不法行為の事案において弁護士費用の請求が認められるのと同様、「債務不履行についても何等異なった扱ひをなすべき理由はなさそうである」として、弁護士費用を債務不履行に基づく損害と認めている[18]。また、我妻は「事件の如何により、弁護士に依頼するのが普通かどうか、その報酬が一般に何程かは、相当因果関係の範囲として決定されうる」のであり、「債務者が応訴して争うのも当然だと認められる事情がない場合には、債権者の右の費用（引用者注：弁護士費用）も責に帰すべき債務不履行から生ずる損害とみるべき」とした[19]。これらは債務不履行の事案でも不法行為同様に訴訟追行が困難である場面があることに着目し、訴訟追行の困難ゆえに弁護士費用の賠償を認めるものである[20]。

これに対し、不法行為と債務不履行との差異に着目し、債務不履行の事案における弁護士費用の請求を否定する見解もある。末川は、「ひとしく違法といっても、債務不履行と不法行為の間には違法性の種別と段階に差異がある」としている[21]。また川島は、「不法行為から生じた本来的損害は、借金債務のように具体的に明確でなく、したがってその具体的金額の確定には裁判所の介在を必要とする。しかし、この事情は契約債務の場合には存在しない…そこでは殆ど常に具体的に債務内容が確定されて居り、また債権者は将来の履行を確保するため種々の手段を準備することができるからである」とし[22]、いずれも弁護士費用を債務不履行に基づく損害と認めていない。

そのようななか、安全配慮義務違反のリーディングケースである最三判昭和50年２月25日民集29巻２号143頁以降、債務不履行の様々な態様が認識される

---

18 末延三次（前掲注16）76頁。

19 我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）127頁。

20 同様に、不法行為の場合と債務不履行の場合との間に格別の差異はないとして、債務不履行の場合にも弁護士費用の請求を認める立場として以下のものがある。田邨正義「弁護士費用」実務民事訴訟法講座２ 157頁、桜田勝義「最高裁と弁護士費用論」法セミ160号46頁、河合伸一「弁護士報酬と賠償請求」司法研修所報18号（1957年）104頁。

21 末川博「不法行為に因り債務を負担したる場合の損害」民商15巻４号（1942年）87頁。

22 川島武宜（前掲注17）84頁。なお、川島は、債務不履行責任と不法行為責任との関係について、法条競合説を前提にしている。

ようになり[23]、安全配慮義務違反の事案については、①不法行為の事案と同じく弁護士に頼まなければ訴訟追行が困難で、②不法行為と競合し、実質的には不法行為と同じであるといった点が着目されるに至った。そしてそのうえで、「安全配慮義務が『公平の理念に基づき被害者に生じた損害の公平な補填を目的とする』（昭和50年判決）ものであり、安全配慮義務の基礎となる事実は、不法行為のそれとほぼ同一で、請求権の存在を基礎づける法的観点を相違するにすぎず、安全配慮義務の保護利益と不法行為のそれは同じであること等に鑑みると、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償請求は、不法行為を理由とする損害賠償請求とその目的を異にするものでなく、両者を別個に解すべき理由もないことから、弁護士費用を安全配慮義務違反から生じた損害の一つと解すべきであることも一理あるものと思われる」などとして、安全配慮義務違反のように不法行為と競合する事案に限り弁護士費用の損害賠償を認める学説が圧倒的多数となった[24]。

これに対し、安全配慮義務違反の事案に限らず、債務不履行一般について弁護士費用の請求が認められる可能性を指摘する見解がある。平井は、「弁護士費用の賠償は、司法制度を利用する費用の負担をいかにすべきかという司法政策上の問題のあらわれと考えるべきであり、そうだとすると不法行為との均衡のほうが重視されるべきであって、弁護士費用の賠償は不法行為と同様の要件の下で認められるべきである」としている[25]。また、奥田は「必ずしも不法行為を原因とする損害賠償請求事件のみならず、債務不履行に基づく損害賠償請

23 山本矩夫「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ466号（1982年）50頁、小泉博嗣「債務不履行と弁護士費用の賠償」判タ452号（1981年）47頁、岡本詔治（前掲注７）228頁は、債務不履行の事案における弁護士費用の賠償に関する判例ついて、債務不履行の態様に着目して整理をしている。

24 新美育文「安全配慮義務の存在意義 再論」法論60巻４＝５号（1988年）583頁、難波孝一「安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求の種類とその範囲」山口和男編『現代民事裁判の課題（７）』（新日本法規出版、1989年）203頁、星野雅紀「安全配慮義務をめぐる諸問題」村重慶一編『現代裁判大系（27）』（新日本法規出版、2000年）217頁、塩崎勤「労災事故と使用者の民事責任」平沼高明先生古稀記念論集刊行委員会編『損害賠償法と責任保険の理論と実務』（信山社出版、2005年）117・118頁。

25 平井宜雄『債権総論（第２版）』（弘文堂、1994年）95頁。

求事件においても、右判決（引用者注：昭和44年判決）の基本思想に合致する限りにおいては、弁護士費用のうちの相当額を債務不履行による損害の一部として請求しうる」とした[26]。

その他、金銭債務の不履行の事案について、民法419条は法定ないし約定利率を超える特別損害を挙証してその賠償を求めることを妨げるものではないとする立場[27]からは、弁護士費用が特別損害にあたるならば損害賠償請求が認められるとの主張がある[28]。

### ４　本判決の意義と射程

本判決は、労働者が使用者に対し、安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求する事案について、訴訟追行のための弁護士費用の請求を肯定した初めての最高裁判例である。その理由は、「労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない」ので、「使用者の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権は、労働者がこれを訴訟上行使するためには弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をすることが困難な類型に属する請求権である」というものであった。

ただし、そもそも不法行為の事案についての従来の裁判例をみると、弁護士に委任しなければ十分な訴訟活動をすることが困難か否か実質的に検討しているものは見られず、不法行為責任の有無如何が弁護士費用の請求の可否を決しているように思われる。本件も、本人による訴訟追行が実質的に困難な事案であるといえるかどうかを問うのではなく、債務不履行と不法行為とが競合する事案であるという点を重視し、弁護士費用の損害賠償請求を認めたものであろう。

上述したように、従来最上級審においては、債務不履行責任に基づく弁護士費用の損害賠償請求は否定されていた。しかしこれらの事案では、金銭の給付を目的とする債務の不履行が問題となっており、この場合民法419条が適用さ

---

[26] 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992年）208頁。

[27] 山中康雄『債権総論』（巖松堂書店、1953年）103頁、石田文次郎（成文堂、1996年）『債権総論』44頁。

[28] 東孝行「弁護士費用の賠償」判タ281号（1972年）59頁。

れる。よって損害賠償の額は約定または法定の利率により決まり、債権者はその損害の証明をする必要がないのであるから、本判決とは対象にしている場面が異なる。よって、本判決の事案は、これらの最上級審判例の射程の及ぶものではなく、評価が矛盾するものではない。

非金銭債務の不履行の事案のなかでも、債務不履行と不法行為が競合しない事案については、弁護士費用の請求が認められるか否か明らかではない。しかし下級審においては、不当な訴えの提起の場合や弁護士費用の請求に関して当事者間に特約がある場合を除き、損害賠償請求者による弁護士費用の請求が否定されている。本件は安全配慮義務違反の事案であり、まさに債務不履行と不法行為とが競合する事案であって、本件の射程がこうした事案に及ぶものでないことは明らかである。

これに対して、非金銭債務の不履行の事案で、不法行為と競合するものについては、かねてより医療過誤の事案をはじめとして弁護士費用の請求が認められてきた。本判決は安全配慮義務違反の事案について判示したものであり、医療過誤等の事案について直接にその射程が及ぶものとはいえない。しかしこれらの事案でも、債務不履行が同時に不法行為をも構成する点では本件と同様であり、最高裁において弁護士費用の請求が肯定されるであろう事案類型であると思われる。

### ５　本判決の問題点

本判決では安全配慮義務違反の事案について弁護士費用の損害賠償請求が認められたが、以下に挙げる問題点が残されている。

被告に不法行為責任が認められる場合に、原告が勝訴すれば弁護士費用の請求が認められるが、被告の不法行為責任が否定され、被告が勝訴した場合には、被告の原告に対する弁護士費用の請求が認められないというアンバランスが生じる。本件についていえば、雇用者Ｙの安全配慮義務違反により損害を被った労働者Ｘは、弁護士費用を含む損害賠償を請求し勝訴している。しかし仮に、Ｘの提訴を受け、Ｙが弁護士に訴訟追行を委任して応訴し勝訴したとしても、Ｘには債務不履行がないのだから、Ｘの提訴に理由がなく不法であると認められない限り、Ｙは弁護士費用を損害賠償請求することができないのである。弁護士報酬敗訴者負担制度を採用していないわが国においては、本人が高額な弁護士費用を負担することを回避するために、損害賠償制度の枠組みでの解決が

図られてきたが、ここで生じる不均衡は問題となろう[29]。

## ６　残された課題

弁護士強制主義が採用されていないわが国において、弁護士費用の損害賠償を請求するためには、訴訟追行が困難で、相手方の権利侵害から自己の権利を擁護するために、弁護士に委任せざるを得なかったことをもって、弁護士費用を通常損害とみなす必要がある。しかし不法行為の事案について弁護士費用の損害賠償請求を認めた昭和44年判決以降、裁判実務においては、本人による訴訟追行が実際に困難であるか否かは問われず、相手方に不法行為責任が成立する場合には、一般に弁護士費用の請求が認められてきた。さらに本件では、債務不履行とともに不法行為が成立することをもって、訴訟追行の難度についての実質的な検討なしに、本人による訴訟追行が困難な事案類型であるとされ、同様に弁護士費用の請求が認められたのである。本人による訴訟追行の困難性という要件は形骸化しているといわざるを得ず、そうであれば、民法419条を根拠に弁護士費用の請求が否定される金銭債務の不履行の事案を除き、債務不履行の事案についてなぜ弁護士費用の損害賠償請求が否定されるのか、説明することができない。

下級審裁判例においては、不法行為以外の損害賠償請求の事案で、訴訟追行の困難に触れたうえで、弁護士費用の請求を肯定したものがみられる。例えば、福岡高判平成11年10月28日判タ1079号235頁は、建築請負契約における瑕疵担保責任の事案において、「一般に、建築工事の瑕疵を理由とする損害賠償訴訟は、訴訟の中でも専門性ないし難度の高い部類に属するものであり、いわゆる本人

---

[29] この点に関連して、アメリカで、CISG の下での弁護士費用の賠償あるいは償還が争われたザパタ事件が参考になる。Zapata Hermanos Sucesores, S.A., v. Hearthside Baking Co., Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company (313 F.3d 385; 2002 U.S. App. LEXIS 23765; 54 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 409) は、仮にCISG74条（損害賠償の範囲についての一般原則）によって弁護士費用も賠償の対象となる損害の一部であるとすれば、勝訴被告には賠償が認められず、勝訴原告だけに弁護士費用の賠償が認められる不公平が生ずるとして、弁護士費用の賠償を認めなかった。柏木昇「ウィーン売買条約と弁護士費用の請求」伊藤眞他編『小島武司先生古稀祝賀　民事司法の法理と政策　下巻』（商事法務、2008年）699頁参照。

訴訟によって適切な主張、立証をすることはほとんど不可能である」としている。また、実質的には非金銭債務の不履行の事案であるといえる東京地判平成元年３月29日判タ717号160頁では、「不法行為に基づく損害賠償の取扱いとの均衡等」を考慮した結果、弁護士費用を債務不履行と相当因果関係のある損害とし認めている。

今日の様々な紛争の中で、当事者自身で訴訟を追行することが困難であるといえる訴訟類型は不法行為訴訟、あるいは不法行為と債務不履行とが競合する訴訟に限らない。これらに該当しない事案について、上述した、原告勝訴の場合は弁護士費用請求が認められる一方で、被告は勝訴しても弁護士費用を請求する術がないという不均衡の問題も併せて、弁護士費用の損害賠償請求の可否をいかに判断すべきかが問われよう。さらには、弁護士費用の負担についてそもそも損害賠償制度の中で解決すべきなのか問題となろうが、ここでは指摘するにとどめることとする。

【付記】本判決の論文・評釈として、河津博史「債務不履行に基づく弁護士費用相当の損害賠償請求」銀法744号（2012年）63頁、夏井高人「損害としての弁護士費用の相当因果関係」判例自治354号（2012年）107頁、中川敏宏「安全配慮義務違反による損害賠償と弁護士費用」法セ692号（2012年）28頁、田中壮太「判例紹介」NBL983号（2012年）92頁、白石友行「安全配慮義務違反を理由とする弁護士費用相当額の賠償」民商146巻６号（2012年）611頁、中田裕康「使用者の安全配慮義務違反による労働者の損害と弁護士費用」法時・別・私法リ46号（2013年）26頁、林昭一「労働契約上の安全配慮義務違反による損害賠償と弁護士費用」法教390号（2013年）25頁、吉政知広「使用者の安全配慮義務違反を理由とする労働者の損害賠償請求と弁護士費用」ジュリ1453号（2013年）73頁がある。

## 執筆者紹介（掲載順）


嶋　拓哉　北海道大学大学院法学研究科教授
今井弘道　浙江大学光華法学院特聘教授　北海道大学大学院法学研究科名誉教授
田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授
王　冊　北海道大学大学院医学研究科医学教育推進センター学術研究員
坂東雄介　小樽商科大学商学部企業法学科准教授
永下泰之　小樽商科大学商学部企業法学科准教授
川股修二　北海道大学大学院法学研究科専門研究員
岩本尚禧　小樽商科大学商学部企業法学科准教授
得津晶　北海道大学大学院法学研究科准教授
木戸茜　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程



平成26年１月24日　　印　刷
平成26年１月31日　　発　行

編集人　辻　康夫
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
　　　　亘理　格
印　刷　北海道大学生活協同組合
　　　　情報サービス部
　　　　札幌市北区北８条西８丁目
　　　　TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科
　　　　札幌市北区北９条西７丁目
　　　　TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
　　　　ronshu@juris.hokudai.ac.jp

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 64 January 2014 No. 5

## *CONTENTS*

### ARTICLES



### CASE NOTE



[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan